

A. I. N° - 232882.0007/11-0
AUTUADO - VIVO S.A.
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA e CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10.02.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0019-04/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Constatada diferenças de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária aplica-se ao caso o procedimento previsto no art. 10, I, “a”, da Port. 445/96. Refeitos os cálculos de acolhimento parcial das contraprovas apresentadas pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 14/06/11, exige ICMS no valor de R\$1.071.891,80, acrescido da multa de 70% em decorrência da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (2006).

O autuado, através de seus representantes legalmente constituídos (fls. 123/125) em sua impugnação (fls. 102/116), inicialmente discorre sobre a autuação, transcreve os dispositivos citados no enquadramento e na tipificação da multa aplicada e diz que o lançamento merece reforma, sendo certo que a fiscalização não levou em consideração diversas peculiaridades, tais como:

- Emissão de duas notas fiscais para uma mesma mercadoria em estoque (v.g.: emissão de nota por “baixa por perda” e nota por “venda de sucata”, sendo que essa última não alterou o estoque);
- Para as mercadorias com sinistro, foram emitidas também notas fiscais para a cobrança da seguradora;
- Foram emitidas notas fiscais de “remessa por conta e ordem”, sendo certo que a movimentação do estoque se deu quando da emissão da nota fiscal da efetiva venda da mercadoria.

Assim, diz que as diferenças decorrem de uma interpretação equivocada dos documentos fiscais emitidos pelo autuado. Aduz que os esclarecimentos que passa a apresentar, bem como a documentação acostada, demonstrarão a inexistência de entradas de mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais.

Por ser matéria fática apurada por presunção, requer que o processo seja convertido em diligência fiscal para verificações, no sentido de confirmar a ausência de diferenças no levantamento quantitativo de estoques.

Afirma que uma das situações que concorrem para o equívoco da fiscalização consiste na emissão de uma nota fiscal para os produtos baixados por “perda ou roubo”, e em momento posterior, a emissão de outra nota fiscal, às quais estão vinculadas as mesmas mercadorias relacionadas à nota fiscal anterior, mas desta vez, relacionadas à operação de “venda de sucatas” (doc. 03.3). Transcreve a título de exemplo as nota fiscal 327783 (anexo VIII, linha 15, do auto de infração) relativa à saída/baixa de mercadorias por perda ou roubo, e a nota fiscal 327798 (anexo VIII, linha 16, do AI), na qual são descritas aquelas mesmas mercadorias relacionadas à operação

de venda de sucatas (doc. 03.3., cit.). Nesse caso, afirma que a fiscalização considerou ambas as notas como saídas de mercadorias distintas, elevando o total das saídas, o que, quando comparado ao registro de entradas, leva à equivocada conclusão de que a empresa possui um número maior de saídas que entradas.

Mesma situação exemplifica para as notas fiscais emitidas para “cobrança de sinistros”. Neste caso, emite-se uma nota fiscal de sinistro (p. ex. NF 210831 – doc. 03.3) para baixa nas mercadorias. Em seguida, emite-se uma segunda nota fiscal para fins de resarcimento junto à seguradora.

Analogamente e como terceira causa das diferenças, cita a emissão de segunda nota fiscal em função de perda de validade da primeira nota emitida quando da venda de mercadorias nos casos de remessa por conta e ordem. Nesse caso, diz que quando da venda emite nota fiscal remetendo a mercadoria ao destinatário recolhe o ICMS devido. Ocorre que, em algumas vezes, por razões diversas, alheias e variáveis, a mercadoria não é remetida a tempo ao destinatário, o que provoca a perda de validade da nota fiscal de venda. Desta forma, para o correto controle das entradas e saídas de mercadorias do estoque, quando da efetiva saída da mercadoria já vendida anteriormente, emite-se uma segunda nota fiscal como operação “remessa por conta e ordem de terceiro” (doc. 03.4), como exemplifica em notas fiscais transcritas (337752 e 337743).

Repisa a necessidade de diligência fiscal para comprovar por perícia as suas alegações indicando como assistente técnico o Sr. Hemerson Alves Alvarenga.

Protesta quanto à multa de 70% por entendê-la abusiva e desproporcional e, por isso, confiscatória. Transcreve ementa de decisão do STF nesse sentido para pedir sua redução.

Por fim, requer a procedência da impugnação, ou realização de diligência.

Os autuantes na informação fiscal apresentada (fls. 159/161), inicialmente discorrem sobre a infração e comentam as alegações defensivas. Quanto ao processo de baixa por perdas, constataram a emissão de notas fiscais em duplicidade e procederam a estorno no mapa de apuração. Sobre o processo de saída – resarcimento de sinistro, dizem que não foi possível comprovar a duplicidade alegada com os dados apresentados na defesa. Afirmam que em 18/08/2011, intimaram o autuado a apresentar cópias de notas fiscais de saídas com CFOP's 5949 e 6949, mas até 01/09/2011, a intimação não havia sido atendida. Com referência ao processo de remessa por conta e ordem, confirmam a emissão de notas fiscais em duplicidade razão pela qual também fizeram estorno no mapa de apuração.

Com relação à alegada natureza confiscatória da multa, dizem que é a legislada para o caso e transcrevem o art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Concluem mantendo a ação fiscal e sugerem uma redução de R\$ 801.225,22, passando o valor reclamado de R\$ 1.071.891,90 para R\$ 270.666,58, conforme novos demonstrativos que anexam.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 201) o autuado manifestou-se (fls. 211/216). Informa ter recebido a intimação para ciência da Informação Fiscal em 06/09/2011 para sobre ela manifestar-se em 10 dias a encerrar-se em 19/09/2011.

Afirma que, embora tenha sido acolhida parte de suas razões, os autuantes não fundamentaram os motivos pelos quais não acolheram as notas fiscais em duplicidade para resarcimento do valor das mercadorias sinistradas junto à seguradora. Novamente exemplificam o caso com transcrição da nota fiscal 210831 com correspondência na nota fiscal 250010, para dizer que a informação fiscal não rebate de forma clara sua argumentação defensiva, limitando-se a afirmar que “não foi possível comprovar a duplicidade com os dados apresentados pela Impugnante”. Contudo, ressalta que, por duas vezes, em petições protocoladas em 22/08/2011 e 06/09/2011, informou à fiscalização que estava tomando medidas para apresentar documentos, mas em virtude da complexidade e quantidade da documentação exigida necessitaria de maior prazo para cumprir o pedido. Desta forma, informa que apresentou aos autuantes toda a documentação que lhe foi possível levantar em atendimento à intimação 01/2011. Com isso, conclui que para o

correto deslinde da controvérsia se faz necessário nova diligência fiscal para consideração da nova documentação apresentada.

À fl. 231 o PAF foi convertido em diligência para os autuantes se pronunciarem sobre a manifestação do contribuinte acerca da informação fiscal e, se fosse o caso, ajustar o procedimento fiscal.

Às fls. 233/235, um dos autuantes presta informação fiscal dizendo que as argumentações defensivas não são temas para serem rebatidos pela fiscalização, mas para serem comprovados por documentos pelo impugnante, e isso não ocorrendo não foi possível validar todas as argumentações defensivas.

Afirma que a empresa foi intimada a apresentar a documentação que comprovasse a duplicidade nas emissões de NF para ressarcimento de sinistros, pediu por duas vezes prorrogação de prazo e mesmo assim não entregou a documentação no prazo acordado. Diz que os exemplos apresentados às fls. 111, 112, 213 e 214, dos quatro itens indicados como duplicidade, apenas um é correspondente. Os demais são divergentes e, por essa razão se faz necessário a apresentação de todas as notas fiscais envolvidas no processo, o que só ocorreu em 14/09/2011, após o término do prazo para prestarem a informação fiscal. Entretanto, na diligência analisaram os documentos apresentados e constataram duplicidade de emissão de notas fiscais de saídas de mercadorias relativas aos processos de resarcimentos de sinistro para os itens relacionados no anexo VI da diligência. Atualizaram o RESUMO DE APURAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO DO ESTOQUE – PERÍODO 03 A 12 DE 2006 (ANEXO I) da diligência e constataram nova redução do valor devido de R\$ 270.666,58 para R\$ 269.508,96.

Conclui mantendo a ação fiscal com o saldo remanescente.

Às fls. 260/261, o contribuinte volta a se manifestar, desta vez ratificando a redução sugerida pela fiscalização e pedindo seja o PAF encaminhado a julgamento.

Às fls. 263/264 um dos autuantes referenda o entendimento já firmado com relação ao valor de R\$ 269.508,96.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado alegou que as diferenças apuradas decorrem das seguintes situações: a) emissão de duas notas fiscais para uma mesma mercadoria em estoque (v.g.: emissão de nota por “baixa por perda” e nota por “venda de sucata”, sendo que essa última não alterou o estoque); b) emissão de novas notas fiscais para cobrança de valores relativos a mercadorias sinistradas junto à seguradora; c) emissão também de notas fiscais de “remessa por conta e ordem”, sendo certo que a movimentação do estoque se deu quando da emissão da nota fiscal da efetiva venda da mercadoria.

Por ser matéria fática que disse apurada por presunção, exemplificando as situações citadas, pediu diligência fiscal para verificações no levantamento quantitativo de estoques, ao tempo que também protestou quanto à multa de 70% por entendê-la abusiva e desproporcional e, por isso, confiscatória.

Por sua vez os autuantes comentando as alegações defensivas na informação fiscal dizem: a) Constataram a emissão de notas fiscais em duplicidade de baixa por perdas e procederam a estorno no mapa de apuração; b) Confirmaram a emissão de notas fiscais em duplicidade em face de remessa de mercadoria por conta e ordem, razão pela qual também fizeram estorno no mapa de apuração; c) Sobre o processo de saída – ressarcimento de sinistro informaram que não foi possível comprovar a duplicidade alegada com os dados apresentados na defesa. Afirmaram que em 18/08/2011, intimaram o autuado a apresentar cópias de notas fiscais de saídas com CFOP's 5949 e 6949, mas até 01/09/2011, a intimação não havia sido atendida.

Em face do acolhimento parcial das comprovações defensivas, elaboraram novos demonstrativos da ação fiscal reduzindo o valor reclamado de R\$ 1.071.891,90 para R\$ 270.666,58.

Intimado para conhecimento da informação fiscal, o autuado manifestou-se dizendo que, embora tenha sido acolhida parte de suas razões, os autuantes não fundamentaram os motivos pelos quais não acolheram as notas fiscais em duplicidade para ressarcimento do valor das mercadorias sinistradas junto à seguradora. Novamente exemplificou o caso com transcrição da nota fiscal

210831 com correspondência na nota fiscal 250010. Ressaltou que oficiou informações à fiscalização das providências para apresentar documentos, mas em virtude da complexidade e quantidade da documentação exigida pediu maior prazo para cumprir o pedido. Em seguida informou ter apresentado aos autuantes toda a documentação que lhe foi possível levantar em atendimento à intimação 01/2011 e pediu diligência fiscal para consideração da nova documentação apresentada.

O pedido de diligência foi acolhido com envio do PAF aos autuantes que na informação relativa à diligência dizem que dos quatro exemplos de duplicidade apresentados às fls. 111, 112, 213 e 214, apenas um é correspondente. Os demais divergem e, analisando os novos documentos apresentados constataram duplicidade de emissão de notas fiscais de saídas de mercadorias relativas aos processos de resarcimentos de sinistro para os itens relacionados no anexo VI da diligência. Atualizaram o RESUMO DE APURAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO DO ESTOQUE – PERÍODO 03 A 12 DE 2006 (ANEXO I) da diligência e efetuaram nova redução do valor devido de R\$ 270.666,58 para R\$ 269.508,96.

Intimado para conhecer o resultado da diligência que solicitou, o contribuinte se manifestou ratificando a redução sugerida pela fiscalização.

Pois bem, tratando-se de matéria puramente fática como o próprio impugnante reconhece, como visto acima, chegou-se a uma conformação consensual entre a acusação e defesa consubstanciando-se a subsistência do mérito do lançamento ao valor de R\$ 269.508,96, razão pela qual acolho os demonstrativos feitos de fls. 236 a 253, em substituição dos demais constantes dos autos.

Quanto ao procedimento fiscal entabulado, embora se refira à diferença de entrada de mercadoria no estabelecimento fiscalizado, apurada por levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, sendo mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (aparelhos de telefonia celular), não se trata de lançamento por presunção como afirma o impugnante, mas de exigência do imposto devido por solidariedade em face de o contribuinte autuado tê-la adquirido de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas omitidas, conforme indicado no art. 10, I, “a”, da Port. 445/98, e tendo em vista que no período fiscalizado não havia MVA para tal mercadoria, não houve também a exigência do imposto por agregação de valor, como indicado no item “b” da citada portaria (art. 61, XIII, do RICMS/BA).

Com relação à alegação de a multa proposta de 70% ser abusiva, desproporcional e violadora do princípio constitucional da não-confiscatoriedade, registro o acerto de seu apontamento na autuação por ser a legalmente prevista para o caso (art. 42, III, da Lei 7.014/96), e o impedimento de apreciação da alegada agressão ao preceito constitucional nessa instância administrativa, conforme prevê o art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232882.0007/11-0, lavrado contra VIVO S.A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$269.508,96**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILo RESIS LOPES – JULGADOR