

PROCESSO - A. I. N° 232882.0007/11-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VIVO S.A.
RECORRIDOS - VIVO S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0019-04/12
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 04.04.2013

3^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0121-13/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Constatadas 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.** Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 232882.0007/11-0, lavrado em 14/06/2011 para exigir ICMS no valor histórico total 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 no exercício fechado de 2006.

Consta, na descrição dos fatos do Auto de Infração, que foi realizado levantamento relativo a aparelhos de telefonia celular, produto enquadrado no regime de substituição tributária, cujas saídas foram efetuadas sem tributação, tendo o Fisco constatado entradas de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal de entradas. Que os dados foram extraídos dos arquivos magnéticos previsto no Convênio ICMS 57/95, apresentados pelo contribuinte, e nos livros Registro de Inventário, conforme anexos I a IX ao Auto de Infração, todos entregues ao contribuinte.

O Fisco acostou, às fls. 05 a 94, documentos que consistem, dentre outros, em demonstrativos do levantamento fiscal realizado, Termos de Intimação e mídia CD contendo os Anexos I a IX do Auto de Infração (fl. 94).

Às fls. 99 e 100 comprovantes de entrega, ao sujeito passivo, de cópia dos documentos anexados às fls. 01 a 95 do PAF, incluído o Auto de Infração.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 102 a 116.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 159 a 161, acatando parcialmente as alegações defensivas e reduzindo de R\$1.071.891,80 para R\$270.666,58 o débito histórico de imposto originalmente lançado, acostando demonstrativos da revisão efetuada às fls. 162 a 178, e mídia CD à fl. 184.

O autuado novamente se pronunciou às fls. 186, 204, e fls. 211 a 215.

À fl. 231 o PAF foi convertido em diligência pela 4^a JJF para que os autuantes se pronunciassem sobre a manifestação do contribuinte acerca da informação fiscal e, se fosse o caso, ajustassem o procedimento fiscal.

Às fls. 233 a 235 os autuantes prestaram informação fiscal novamente reduzindo o débito de imposto lançado, desta feita de R\$270.666,58 para R\$269.508,96, acostando demonstrativos fiscais.

Às fls. 260 e 261 o contribuinte voltou a se manifestar, desta vez ratificando a redução sugerida pela Fiscalização e pedindo que o feito fosse julgado.

Às fls. 263 e 264 os autuantes ratificaram o entendimento já firmado às fls. 233 a 235, em relação ao valor de R\$269.508,96.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0019-04/12, às fls. 266 a 269. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

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 – resarcimento 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 resarcimento 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 refeitos 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.

A Junta recorreu de ofício da Decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 280 a 283, aduzindo inexistir dúvida quanto à dívida de imposto, mas pleiteando a redução da multa de 70% aplicada. Aduz ser a mesma confiscatória, violando o artigo 150, IV, da Constituição da República, e contrária a entendimento do STF, que limita as multas fiscais ao máximo de 30% do débito do tributo, copiando ementa de Decisão judicial em outro processo.

Pede a manutenção da Decisão de primeiro grau quanto à redução de débito de imposto lançado e a reforma dessa mesma Decisão no que tange à multa aplicada.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho, emite Parecer às fls. 287 e 288 aduzindo considerar ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido. Afirma que as argüições de constitucionalidade da multa não poderão ser apreciadas por este Conselho, em face do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Frisa que o princípio constitucional que veda a criação de tributo, com efeito, confiscatório não alcança as multas, que possuem natureza jurídica daquele diversa sendo, essas, sanções com função educativa.

Afirma que o pedido de exclusão da multa aplicada pode ser dirigido à Câmara Superior deste Conselho, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, mas que tal pedido não pode ser apreciado nesta instância julgadora, a teor do mesmo dispositivo.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Não merece reparo a Decisão de base.

Analisando o Recurso de Ofício, verifico que a parte da exigência fiscal que foi constatada como improcedente foi verificada após a análise, pelos autuantes, em duas sucessivas revisões fiscais, com base na documentação apresentada pelo contribuinte, conforme detalhado no Relatório que antecede este voto, resultando em reconhecimento, pelo sujeito passivo, da parcela remanescente do débito originalmente lançado.

Em razão das constatações de equívocos no levantamento fiscal originário, devidamente retificado pelos prepostos fiscais, o que foi acertadamente acatado na Decisão *a quo*, voto pelo não provimento do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, restringe-se à contestação da multa de 70% indicada na autuação e aplicada no julgamento de base.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e constitucionalidade dessa multa aplicada, sob o argumento de que teria efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios

incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, em percentual previsto à época dos fatos geradores da obrigação tributária descumprida, e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Observo, por oportuno, que o pedido para redução de multa por descumprimento da obrigação principal, que é a imputação presente no Auto de Infração em foco, pode ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 159 do RPAF/99, inexistindo previsão normativa para sua apreciação nesta instância de julgamento administrativo fiscal, motivo pelo qual não o analiso.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos, para declarar mantida a Decisão de base que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$269.508,96, acrescido da multa de 70%, percentual previsto à época dos fatos geradores da obrigação tributária.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 232882.0007/11-0, lavrado contra VIVO S.A., devendo ser intimado o recorrente 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, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS