

**PROCESSO** - A. I. Nº 298636.0063/12-3  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - VIVO S.A.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0084-01/13  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**INTERNET** - 24.07.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO C/JF Nº 0277-13/13

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Autuado comprovou a existência de equívocos no levantamento levado a efeito pelo autuante. O autuante na Informação Fiscal e, posteriormente, cumprindo diligências solicitadas pela Junta de Julgamento Fiscal, reconheceu a existência de equívocos apontados pelo impugnante. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 298636.0063/12-3, lavrado em 20/06/2012 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$4.214.962,77, acrescido da multa de 70%, em razão da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas, produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2008.

O Fisco acosta, às fls. 04 a 22, documentos que consistem, dentre outros, em demonstrativos do levantamento fiscal realizado.

À fl. 27 comprovante de entrega, ao sujeito passivo, de cópia dos documentos anexados às fls. 01 a 22 do PAF.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 30 a 57, em suma historiando os fatos, insurgindo-se contra a metodologia utilizada na auditoria fiscal e pedindo a exclusão, do levantamento, do cômputo das operações de remessa e retorno de objetos em comodato, e operações sob CFOPs 6915 - *Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo*; 2916 - *Retorno de mercadoria ou bem remetido para conserto ou reparo*; 5904 - *Remessa para venda fora do estabelecimento*; e 5949 - *Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado*. Pede também a retificação de cômputo, em duplicidade, das operações acobertadas pelas notas fiscais que especificou em seu texto de defesa. Juntou documentos às fls. 58 a 129.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 131 e 132 (volume II) acolhendo parcialmente as alegações defensivas e reduzindo de R\$4.214.962,77 para R\$107.814,99 o valor exigido de ICMS, conforme novos demonstrativos do levantamento fiscal que colacionou às fls. 133 a 147 e cópia de livro fiscal do contribuinte às fls. 148 a 151.

Cientificado, o contribuinte novamente se pronunciou, às fls. 154 a 159, aduzindo que na informação fiscal prestada o autuante não se pronunciara acerca das operações de saídas, em comodato, dos aparelhos e cartões Simcards (*SIM = Subscriber Identity Module = módulo de identificação do assinante*) com saídas em comodato aos seus clientes. Que também não teriam sido retiradas, do levantamento, as operações com CFOP 2916 - *Retorno de mercadoria ou bem*

*remetido para conserto ou reparo*, embora o Fisco tenha reconhecido a improcedência relativa à operações com CFP 6915 - *Remessa de mercadoria ou bem para conserto ou reparo*. Pugnou por nova retificação do lançamento, para que fosse declarado o seu cancelamento.

A 1ª JF, à fl. 165, em pauta suplementar converteu o processo em diligência à IFEP Serviços para que fosse designado o autuante, ou Auditor Fiscal estranho ao feito, para que esse adotasse as seguintes providências: 1. Verificasse e informasse sobre os argumentos suscitados pelo autuado, tanto na defesa vestibular como na manifestação posterior, referentes aos aparelhos e *Simcards* com saídas em comodato aos seus clientes, bem como sobre as notas fiscais registradas sob o CFOP 6915 e CFOP 2916, que dizem respeito às saídas de aparelhos celulares para conserto; 2. Com base na verificação aduzida no item 1, realizasse as correções e ajustes, se fosse o caso, elaborando novos demonstrativos. Em seguida, deveria a Repartição Fazendária intimar o autuado, entregando-lhe no ato, mediante recibo específico, cópia do resultado apresentado pelo diligenciador e, se for o caso, dos novos demonstrativos e deste termo de diligência. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado do prazo de 10 (dez) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que apresente manifestação. Após, deveria ser dada ciência aos autuantes.

O autuante se pronunciou à fl. 167 aduzindo que as notas fiscais de entradas com CFOP 2916 também foram excluídas do estoque fechado, referente ao exercício de 2008, na informação fiscal, declarando que apenas se olvidou de mencionar essa exclusão. Anexou documentos às fls. 168 e 169.

Cientificado do novo pronunciamento do autuante o contribuinte se manifestou às fls. 173 e 174 observando que novamente o autuante se omitira quanto à apreciação do argumento relativo a que no lançamento foram consideradas como operações mercantis as saídas em comodato de aparelhos e *Simcards* aos seus clientes, razão pela qual requeria que o autuante fosse intimado para se pronunciar a respeito.

À fl. 179 a 1ª JF novamente converteu o processo em diligência a IFEP Serviços, a fim de que o autuante, ou Auditor Fiscal designado, se pronunciasse sobre o argumento defensivo quanto a não terem sido excluídos do levantamento os aparelhos e *Simcards* com saídas em comodato aos clientes do contribuinte, elaborando, se fosse o caso, novo demonstrativo fiscal com as correções.

À fl. 182 o autuante, em atendimento à diligência solicitada, esclareceu que foram excluídas do levantamento as notas fiscais referentes a saídas e entradas de aparelhos celulares e *Simcards* em comodato, operações que lista como relativas aos CFOPs 1.909 - *Retorno de bem remetido por conta de contrato de comodato*; 2.909 - *Retorno de bem remetido por conta de contrato de comodato*; 5.908 - *Remessa de bem por conta de contrato de comodato*; e 6.908 - *Remessa de bem por conta de contrato de comodato*, novamente reduzindo o valor histórico de imposto a ser lançado de ofício, dessa vez de R\$107.814,99 para R\$59.976,04. Anexou novos demonstrativos fiscais às fls. 183 a 200.

Cientificado do resultado da nova diligência, conforme comprovam documentos de fls. 201 e 202, o autuado não se manifestou.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0084-01/13, às fls. 205 a 214. Em seu voto, relativamente à parcela objeto de desoneração, causa do Recurso de Ofício, assim se expressa o digno Relator:

#### VOTO

*Inicialmente, cabe observar que a autuação não diz respeito à exigência de ICMS apurado através de arbitramento da base de cálculo, conforme aduzido pelo impugnante, mas sim apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias.*

*Observe que na própria informação fiscal o autuante acatou parcialmente as razões defensivas atinentes à existência de equívocos no levantamento, conforme abaixo:*

- notas fiscais lançadas em duplicidade. Admitiu que realmente nos meses de janeiro e fevereiro as notas fiscais estavam lançadas em duplicidade nos arquivos do Sintegra, sendo tal erro corrigido;

- mercadorias remetidas para conserto. Disse que não é dada baixa do estoque, razão pela qual excluiu da planilha as notas fiscais com CFOP 6915;

- notas fiscais com CFOP 5949 (outras saídas não especificadas). Disse que quando o destinatário tem a mesma inscrição do autuado, o que caracteriza uma transferência entre estabelecimentos dentro do Estado, sem baixa dessas mercadorias no estoque;

- notas fiscais com remessa para venda fora do estabelecimento com CFOP 5904. Consignou que também foram excluídas do estoque.

Entretanto, quanto aos argumentos defensivos que entendeu improcedentes apresentou a seguinte explicação:

- não houve arbitramento da base de cálculo conforme aduzido pelo impugnante, pois foram utilizados valores extraídos do livro Registro de Inventário de dezembro de 2007, anexado aos autos em arquivo magnético;

- os valores das mercadorias não foram estipulados por preço de mercado como alega o impugnante, mas sim com base no que estabelece o art. 60, II, “b”, do RICMS/BA, cujo texto reproduz.

Conclusivamente, registrou que o valor do ICMS devido passou de R\$4.214.962,77 para R\$107.814,99.

Como o autuado ao ser cientificado sobre a informação fiscal, bem como sobre os novos demonstrativos elaborados pelo autuante se manifestou demonstrando o seu inconformismo atinente aos aparelhos celulares e Simcards, cujas saídas ocorreram em comodato aos seus clientes, esta JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência a IFEP/SERVIÇOS, a fim de que fosse designado o autuante ou Auditor Fiscal, para que verificasse e informasse sobre os argumentos suscitados pelo autuado, tanto na defesa vestibular como na manifestação posterior, referentes aos aparelhos e Simcards com saídas em comodato aos seus clientes, bem como sobre as notas fiscais registradas sob o CFOP 6915 e CFOP 2916, que dizem respeito às saídas de aparelhos celulares para conserto.

O autuante cumprindo a diligência se pronunciou, esclarecendo que as notas fiscais de entradas com CFOP 2916 foram excluídas do estoque fechado, referente ao exercício de 2008, na informação fiscal, tendo apenas esquecido de mencioná-las.

Ocorreu que cientificado sobre o pronunciamento do autuante, o impugnante se manifestou salientando que novamente o autuante olvidou-se quanto à apreciação do argumento de que o lançamento considerou como operações mercantis as saídas em comodato de aparelhos e Simcards.

Por considerar a argumentação defensiva pertinente, esta JJF converteu o processo em diligência a IFEP SERVIÇOS, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal se pronunciasse sobre o argumento defensivo de não terem sido excluídos do levantamento os aparelhos celulares e Simcards com saídas em comodato aos seus clientes, cuja contabilização se dá no ativo permanente, inclusive, se fosse o caso, elaborasse demonstrativo com as correções.

Cumprindo a diligência o autuante esclareceu que foram excluídas as notas fiscais referentes a saídas e entradas de aparelhos celulares e Simcards em comodato, de forma que o valor histórico a ser cobrado mudou de R\$107.814,99 para R\$59.976,04, tendo sido excluídos os CFOPs 1.909, 2.909, 5.908 e 6.908.

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado não se manifestou.

Conforme se verifica, após as correções e ajustes feitos pelo próprio autuante tanto na informação fiscal como no cumprimento das diligências solicitadas por esta JJF, o valor do ICMS originalmente apontado no Auto de Infração de R\$4.214.962,77 foi reduzido para R\$59.976,04, em razão de terem sido excluídos do levantamento itens referentes à notas fiscais lançadas em duplicidade; mercadorias remetidas para conserto; notas fiscais com CFOP 5949 (outras saídas não especificadas), no caso, quando o destinatário tem a mesma inscrição do autuado, o que caracteriza uma transferência entre estabelecimentos dentro do Estado, sem baixa dessas mercadorias no estoque; notas fiscais com remessa para venda fora do estabelecimento com CFOP 5904, saídas de aparelhos e Simcards com saídas em comodato aos seus clientes.

Diante disso, considerando que a exclusão dos itens acima referidos se apresenta correta, a autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$59.976,04.

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Não merece reparo a Decisão de base. A desoneração ocorreu em virtude da correção do levantamento fiscal pelo próprio autuante, por dupla provocação do sujeito passivo, e em atendimento a duas necessárias solicitações de diligências por deliberação da primeira instância de julgamento, ainda em fase de instrução do processo, conforme Relatório que antecede este voto.

Após as retificações efetuadas pelo Fisco, devidamente explicitadas nos demonstrativos que o autuante anexou ao processo às fls. 133 a 147 e posteriormente às fls. 183 a 198, a auditoria de levantamento de estoque levada a efeito computou, e uma vez conforme devido, apenas as operações com incidência de ICMS. Correta a redução efetuada.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar mantida a Decisão de base, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor histórico de imposto de R\$59.976,04, conforme novo demonstrativo do levantamento fiscal elaborado pelo autuante e acostado às fls. 183 a 198.

## RESOLUÇÃO

**ACORDAM** os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298636.0063/12-3**, lavrado contra **VIVO S.A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.976,04**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS