

PROCESSO - A. I. N° 298636.0049/11-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VIVO S/A.
RECORRIDOS - VIVO S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0062-03/13
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 21.10.2013

3^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0383-13/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal. Refeitos os cálculos em revisão efetuada pelo autuante, ficou reduzido o débito originalmente apurado. Indeferido o pedido de nova revisão fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração n° 298636.0049/11-2, lavrado em 15/11/2011 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$2.489.555,64, acrescido da multa de 70%, em razão da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem fazer a respectiva escrituração das entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício de 2007.

Consta, na descrição da imputação, que foi realizado levantamento quantitativo de estoque de aparelho de telefonia celular, produto enquadrado no regime de substituição tributária, tendo sido constatado que houve entrada de mercadoria sem o devido registro das notas fiscais de entradas. Consta, também, que os dados foram extraídos dos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte em atendimento ao que determina o Convênio [ICMS] 57/95 [SINTEGRA], e pelos livros Registro de Inventário.

O Fisco acosta, às fls. 04 a 32, documentos que consistem, dentre outros, em Termo de Intimação e demonstrativos do levantamento fiscal realizado.

Às fls. 37 e 38 comprovantes de entrega, ao sujeito passivo, de cópia dos documentos anexados às fls. 01 a 32.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 40 a 49, dentre outros pontos alegando que teriam sido computadas saídas em duplicidade em razão de emissão de duas notas fiscais para documentar a saída de mesmos produtos, por situação ocorrida nos documentos da empresa, que descreve, e solicitando a realização de diligência para apuração dos fatos, insurgindo-se também contra a multa aplicada. Acostou documentos.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 121 aduzindo que a documentação necessária à comprovação das alegações defensivas não foram apresentadas, de forma a permitir a exclusão de valores vinculados às operações informadas pelo defendant, razão pela qual mantinha a autuação integralmente.

À fl. 124 a 3^a Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência à INFRAZ de origem solicitando que o autuante: I. Intimasse o autuado a apresentar demonstrativo de todas as notas fiscais correspondentes aos equívocos constatados no levantamento fiscal, no prazo de trinta dias; II. Solicitasse os documentos e livros fiscais originais comprobatórios das alegações defensivas; III. Fizesse os necessários ajustes no levantamento quantitativo de estoques, considerando apenas as notas fiscais correspondentes às saídas efetivas de mercadorias, excluindo as notas fiscais consideradas em duplicidade e incluindo aquelas não computadas no levantamento original; IV. Elaborasse novos demonstrativos, apurando o débito remanescente. A JJF também determinou a reabertura do prazo de impugnação ao lançamento de ofício.

O autuado apresentou novas alegações defensivas às fls. 128 a 130, requerendo a juntada de cópias de notas fiscais, reprisando parte das alegações anteriores e narrando situações administrativas, na emissão de notas fiscais, em decorrência de “perdas e roubos” dentro da empresa. Solicitou a realização de diligência fiscal. Acostou cópias de notas fiscais às fls. 132 a 199.

O Fisco se pronunciou à fl. 202 acatando parte das alegações defensivas e reduzindo o débito originalmente lançado de R\$2.489.555,64 para R\$2.405.056,88, conforme novos demonstrativos que anexou às fls. 203 a 209.

Às fls. 210 e 211 a INFRAZ de origem acostou comprovante de entrega dos novos documentos anexados ao PAF, reabrindo o prazo de defesa.

O defensor se manifestou às fls. 213 a 216, alegando que a diligência não fora integralmente cumprida e disseram respeito.

À fl. 230 o autuante se pronunciou mantendo o resultado exposto na informação fiscal anterior, pelas razões que lista, e às fls. 232 e 233 o contribuinte novamente se insurgiu, em suma alegando a localização de notas fiscais e pedindo a realização de nova diligência.

À fl. 239 a Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito, designado pela autoridade competente: I. Intimasse o autuado a apresentar demonstrativo de todas as notas fiscais não consideradas, ou incluídas em duplicidade no levantamento fiscal; II. Apurasse a alegação do autuado de que em relação às operações com notas fiscais constando CFOP 5927 [lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração] foram consideradas duas notas fiscais como saídas de mercadorias distintas. Em caso positivo, fizesse o necessário ajuste; III. Solicitasse ao defensor os documentos fiscais originais e fizesse os necessários ajustes no levantamento quantitativo de estoques, considerando apenas as notas fiscais correspondentes às saídas efetivas de mercadorias, excluindo as notas fiscais consideradas em duplicidade e incluindo aquelas não computadas no levantamento original; IV. Elaborasse novos demonstrativos apurando o débito remanescente.

Em atendimento, o autuante informou à fl. 241 que o autuado apresentou notas fiscais de vendas do ativo imobilizado referente a vendas de sucatas de aparelhos celulares. Que, segundo o defensor, as saídas de tais aparelhos teriam sido lançadas em duplicidade no levantamento fiscal (quando da baixa como sucata e como venda de sucata). Que quando ele, autuante, procedeu à diligência para excluir tais notas fiscais, constatou que nenhuma delas fora lançada pelo contribuinte no registro do arquivo SINTERGRA. Informou que todo o trabalho de auditoria foi realizado com base nos registros tipo 54 dos arquivos SINTERGRA [registro a ser informado pelo atacadista e pelo contribuinte do ICMS que emite o documento fiscal, exceto o cupom fiscal, através de uma impressora e conterá informações dos documentos fiscais de modelos 01, 55 e 04] e, neste caso, a alegação defensiva não procedia. O autuante juntou cópias das mencionadas notas fiscais às fls. 242 a 291.

Intimado do resultado da diligência (fls. 292 e 293), o contribuinte manteve-se silente. Em sessão de julgamento, apresentou Memorial anexado às fls. 295 a 297, reprisando suas alegações anteriores.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0062-03/13, às fls. 298 a 303. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que é desnecessária em vista de outras provas produzidas. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foram realizadas diligências fiscais, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto aos resultados das mencionadas diligências.

No mérito, o presente lançamento é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, sendo exigido o imposto por responsabilidade solidária, por ter o autuado adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária.

O autuado alegou que as diferenças encontradas decorrem da emissão de duas notas fiscais para o mesmo produto, as quais documentam operações diferentes, justamente para controle de suas entradas e saídas. Que em diversas situações as mercadorias não tiveram saída no prazo de validade da nota, o que obrigou a empresa a emitir nova nota fiscal quando da saída efetiva da mercadoria (Nota Fiscal de Remessa por Conta e Ordem”, sem destaque do imposto.

Em atendimento à diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante acatou parcialmente as alegações defensivas, e informou que foram refeitos os demonstrativos referentes ao exercício de 2007, ficando reduzido o valor histórico do imposto apurado para R\$2.405.056,88. Quanto às notas fiscais de mercadorias, comprovadas pelo defendant, diz que foram excluídas do levantamento fiscal, conforme novas planilhas que juntou aos autos. Afirma que todas as notas fiscais cuja descrição do produto se refere a sucata foram excluídas do levantamento fiscal.

Considerando que o defendant ainda alegou a existência de equívocos no levantamento fiscal, foi encaminhada nova diligência fiscal por esta JJF, solicitando que o autuante intimasse o defendant para apresentar os documentos fiscais originais e fizesse os necessários ajustes no levantamento quantitativo de estoques, considerando apenas as notas fiscais correspondentes às saídas efetivas de mercadorias, excluindo as notas fiscais consideradas em duplicidade e incluindo aquelas não computadas no levantamento original.

O autuante informou à fl. 241 que o autuado apresentou notas fiscais de vendas do ativo imobilizado referentes a vendas de sucatas de aparelhos celulares. Entretanto, ao proceder a diligência para excluir tais notas fiscais constatou que nenhuma delas foi lançada pelo contribuinte no Registro SINTEGRA.

Tendo em vista que todo o trabalho de auditoria foi realizado com base nos registros 54 dos arquivos SINTEGRA, neste caso, a alegação defensiva não procede.

Vale salientar, que à fl. 292 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal prestada pelo autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 293, tendo sido encaminhadas junto com a intimação cópias da solicitação de diligência e da conclusão (fls. 239 e 241 a 291). Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

Constatado que houve omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve-se aplicar a regra prevista no art. 10 da Portaria 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. É devido também, o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, devendo ser anexado aos autos o demonstrativo desse cálculo.

Observo que neste caso, também deveria ser exigido ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Acato as conclusões apresentadas pelo autuante na revisão efetuada, salientando que a infração apurada no levantamento quantitativo e o valor exigido, se referem a mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária, sendo devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 70%, conforme estabelece o art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, 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.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 314 a 325, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em síntese o Recorrente descreve suas atividades e copia a imputação, em seguida repete que o Fisco não teria levado em consideração a peculiaridade de ele, autuado emitir, em alguns casos, duas notas fiscais para o mesmo produto.

História parte dos fatos do processo e diz que, quanto à afirmativa do autuante no momento da realização da segunda diligência, acerca de que o levantamento quantitativo fora feito com base nos dados dos seus arquivos SINTEGRA, e que as notas que ele, contribuinte, apresentara, não tinham sido incluídas em tais arquivos, tais afirmativas não procederiam.

Diz que o Auto de Infração seria nulo por “Ausência de segurança na lavratura da autuação, pois baseada única e exclusivamente em diferenças de estoque, gerando presunção fiscal de recolhimento a menor de tributo, sem provas. Afronta ao artigo 142 do CTN.”

Afirma que as operações de entradas em 2007 teriam sido acobertadas por notas fiscais. Que o Fisco não teria examinado suas notas fiscais de entradas e de saídas, e teria baseado o levantamento unicamente nos dados de seus estoques inicial e final de 2007. Que se o Fisco houvesse analisado as notas de saídas teria visto que ele, autuado, teria emitido duas notas para as operações de saídas para o mesmo produto, nas ocorrências que ele, autuado, já elencara anteriormente.

Cita textos de juristas acerca de presunção, de ato administrativo e ônus da prova. Aduz que “Muito embora não tenha sido facultado a empresa demonstrar tais aspectos de forma minuciosa, mister é a necessidade de uma nova averiguação fiscal, que levasse em conta a comprovação das alegações do recorrente, por meio das notas fiscais apresentadas, a despeito delas estarem ou não registradas no SINTEGRA.”

Afirma que na autuação não estaria demonstrado que o pagamento do imposto efetivamente não ocorreria. Que haveria “vício de natureza material a macular integralmente e definitivamente o lançamento tributário.”

Diz que a decretação de nulidade do Auto de Infração seria medida que se impunha, na linha da jurisprudência do STJ, e cita Decisão da esfera judicial em outra lide, a respeito de requisitos do Auto de Infração.

Aduz que a não inclusão de notas fiscais nos registros do arquivo SINTEGRA seria mero descumprimento de obrigação acessória, que não implicaria, por si, falta de recolhimento de tributo. Repete a alegação impugnatória acerca de que “O recorrente, quando da venda de mercadorias, emite uma nota fiscal de venda de mercadorias, remetendo a mercadoria ao comprador/destinatário e recolhendo o ICMS devido. Isso em situações dentro da normalidade. Ocorre que, em razão de diversas situações alheias e variáveis, a mercadoria não é remetida a tempo ao seu 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 da Impugnante, quando da efetiva saída da mercadoria já vendida anteriormente, emite-se uma segunda nota fiscal, relativa à mesma mercadoria, desta vez vinculada à operação “remessa por conta e ordem de terceiro”, conforme comprovam as notas fiscais anexas. Em resumo: é emitida nota com o CFOP 6152 para documentar a venda das mercadorias. Após, é emitida a nota de remessa por conta e ordem – CFOP 5923 – para acompanhar o bem e sua efetiva saída do estabelecimento da Impugnante. Ou seja, são emitidas duas notas que documentam a saída de um mesmo bem. Outra situação que concorre para os equívocos da Fiscalização consiste na emissão, pela

empresa, 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 (perda ou roubo), mas desta vez, relacionadas à operação de “venda de sucatas” (doc. nº 01 da petição protocolada em 26.03.2012). A Fiscalização considerou ambas as notas como saídas de mercadorias distintas, elevando artificialmente o número total de saídas, o que, repisa-se, quando comparado ao registro de entradas, leva à equivocada conclusão de que a empresa possui um número maior de saídas que de entradas.”

Diz que em 03/08/2012 ele, Recorrente, localizou notas fiscais referentes ao período autuado, que demonstrariam o oposto das afirmações constantes da diligência fiscal, e que foram acostadas aos autos notas fiscais emitidas com o CFOP 5927 (baixa de estoque por perda ou roubo), bem como notas fiscais de venda de sucata com o mesmo “código de material”, no qual se teria demonstrado que não haveria diferenças de códigos para tais operações. Que, todavia o Auto de Infração foi mantido parcialmente, com pequena redução levada a cabo quando da realização de diligência fiscal. Copia parte do texto de fl. 241, do autuante, quanto a que ele, autuado, apresentara notas fiscais de vendas do ativo imobilizado referentes a vendas de sucatas de aparelhos celular, mas que o autuante, ao proceder à diligência para excluir tais notas fiscais, constatara que nenhuma delas fora lançada por ele, contribuinte, no registro SINTEGRA. Diz que os documentos que agora anexava ao Recurso, e que denomina “*doc. nº 01*”, que teria sido “*emitido para o mês de janeiro de 2007*”, as notas fiscais estariam contempladas no SINTEGRA, diferentemente do alegado pela Fiscalização. Que, dessa forma, requeria nova diligência para verificação. Que, “*Mesmo que se tais notas não estivessem registradas no SINTEGRA, ainda assim não assiste razão ao Fisco baiano, pois: (a) as notas fiscais de saída existem, são validas e foram de fato apresentadas em diligência fiscal, e (b) não respeitar o suposto procedimento de registrá-las no sistema do SINTEGRA seria mero descumprimento de obrigação acessória, não ensejando a improcedência da alegação defensiva do recorrente, mas tão somente eventual aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.*”

Diz ser razoável que o Estado aplique, se for o caso, apenas eventuais penalidades, que denomina de “*multas isoladas*”, por supostas inobservâncias formais que diz não causarem prejuízo à arrecadação.

Discorre a respeito citando texto que aduz ser de Decisão do “*Conselho Fiscal do Estado da Bahia*” e identifica como sendo o “*ACÓRDÃO JJF Nº 1259/00, A . I. nº 141596.0004/99-7, D. O. E. 11. 05. 2000*” acerca de “*estornos de débitos efetuados sem o cumprimento das formalidades previstas no RICMS daquele Estado, quando demonstrado o pagamento indevido.*”

O contribuinte prossegue expondo que seria insubstancial o Auto de Infração. Que “*Mesmo que, no entendimento deste c. órgão julgador, devesse o recorrente ter respeitado o procedimento de registro das notas no SINTEGRA, ainda assim o Auto de Infração lavrado estaria viciado por nulidade em seu aspecto material, pois o fato gerador não pode ser meramente presumido. Por estes motivos, observando que o único problema encontrado seria o mero descumprimento de obrigação acessória, o procedimento correto seria apenas a aplicação de eventual multa isolada prevista na legislação baiana.*”

Cita texto de jurista acerca do princípio da verdade material. Diz que as notas fiscais foram emitidas e que o não registro no SINTEGRA não as invalidaria. Que o CONSEF se teria negado a verificar o quanto ele, contribuinte, arguiria, acerca de suas notas fiscais emitidas.

Passa a falar da multa aplicada, que diz ser confiscatória, citando a Constituição da República e Decisão da esfera judicial em outra lide.

Conclui pedindo que seja determinada a nulidade do Auto de Infração por insegurança quanto à matéria tributada, porque a fiscalização se teria baseado “*em mera presunção de ocorrência dos fatos geradores autuados, fundamentando a sua conclusão unicamente em levantamento de estoque ao final do exercício de 2007, sem adentrar nas minúcias da materialidade da exação, em ofensa ao artigo 142 do CTN, extinguindo-se integralmente a autuação fiscal.*

Em seguida, pede que “*No mérito, seja integralmente anulado o Auto de Infração nº 298636.0049/11-2, diante da ausência de diferenças no quantitativo de estoque da empresa, implicando na inocorrência dos fatos geradores de ICMS presumidos in casu pelo Fisco baiano, com a consequente extinção integral do crédito tributário exigido;*” e, sucessivamente, pede o decote, ou a revisão, da multa aplicada. Cita com anexo o “*Doc. nº 01- Notas Fiscais contempladas no SINTEGRA – Janeiro de 2007.*”

O recorrente junta, às fls. 327 a 332, páginas em que, em cada uma, estão copiados partes de dados indicados como sendo de arquivos SINTEGRA, e partes de notas fiscais de saídas com datas de emissão em 15, 16 e 17 de janeiro/2007, citadas como incluídas no Registro 54 do arquivo SINTEGRA.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Helena de Mendonça Cruz, emite Parecer às fls. 336 a 338 aduzindo que as razões recursais são insuficientes para modificar a Decisão recorrida, considerando que o recorrente não trouxe provas, nem argumentos jurídicos, capazes de promoverem a modificação do julgamento, com o qual ela, Procuradora, se coaduna. Que o feito foi submetido a revisão fiscal, resultando na diminuição do débito originalmente lançado, face ao acatamento de parte das alegações do autuado, tendo sido refeitos os demonstrativos de débito.

Afirma que a multa foi aplicada de acordo com a legislação. Fala sobre pedido de dispensa, ou redução, da multa aplicada, em âmbito administrativo, e 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.

Preliminarmente, indefiro o pedido de realização de nova diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento. Ademais, ao contrário do quanto afirmado pelo recorrente, este contencioso, em sede de julgamento de primeiro grau, determinou a realização de duas diligências na busca da verdade material, em face da realização das quais resultaram acatados, pelo autuante, parte das alegações do contribuinte, o que inclusive resultou na diminuição do montante de crédito tributário originalmente apurado.

Ainda preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo. A presunção em que se baseia a autuação é prevista na Lei nº 7.014/96 e não contraria o CTN. Argüição de nulidade rejeitada.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Passo à análise do Recurso de Ofício.

Compulsando os autos contato que, tal como já exposto neste voto, diante das alegações defensivas a JJF determinou a realização de duas diligências, cujos termos resumi no relatório que antecede este voto, e em razão da comprovação documental trazida ao Fisco pelo sujeito

passivo foi constatada, pelo autuante, a procedência de parte das alegações do contribuinte, conforme já dito no voto do Relator *a quo*, restando corretamente reduzido o débito originalmente lançado.

Voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Passo à analise do Recurso Voluntário quanto ao mérito.

O contribuinte, em sede de Recurso, repete as alegações já trazidas em sua impugnação originária e acosta, às fls. 327 a 332, seis páginas em que, em cada uma, estão copiados partes de dados indicados como sendo de arquivos SINTEGRA, e partes de notas fiscais de saídas com datas de emissão em 15, 16 e 17 de janeiro/2007, indicadas e tais páginas como incluídas no Registro 54 do arquivo SINTEGRA. Analisarei tais documentos ainda neste voto.

Porém antes ressalto que a auditoria denominada de levantamento quantitativo de estoque, realizada, e que culminou na lavratura do Auto de Infração ora em julgamento, utilizou os dados das notas fiscais de entradas e de saídas do contribuinte, por este informadas a esta Secretaria em seus arquivos SINTEGRA. Além destes dados documentais, o Fisco utilizou os dados dos livros de Inventário do contribuinte, contendo os dados de seus estoques inicial e final de 2007.

O contribuinte, ao longo de sua exposição, embora tenha dito que o Fisco utilizou dados de suas notas fiscais constantes em seus arquivos SINTEGRA, contraditoriamente também afirmou que o Fisco só teria utilizado dados de seus estoques e não teria verificado suas notas fiscais. Observo que o contribuinte tem a obrigação tributária acessória de enviar a esta SEFAZ/BA, mensalmente, os registros dos arquivos SINTEGRA com os dados exatos que constam em seus livros e documentos fiscais. Portanto, agiu acertadamente o Fisco ao considerar os dados informados pelo contribuinte como sendo de suas notas fiscais tal como constavam nos arquivos enviados, ou seja, como dados de notas fiscais.

Por outro lado, o Fisco asseverou, e o contribuinte confirma em sua exposição, que apenas utilizou, no levantamento, os dados dos livros de estoque e os dados das notas fiscais que foram informadas esta SEFAZ/BA, pelo autuado, em seu registro SINTEGRA.

Não se trata, como diz o contribuinte, de cobrança de imposto em razão de falta de informação de dados de documentos fiscais nos arquivos SINTEGRA, quando então caberia multa por descumprimento de obrigação acessória; e não seria multa aplicada de forma “eventual”, como pede o contribuinte, mas sim aplicada de acordo com a legislação de regência.

Mas na situação em foco o que existe é que o Fisco só utilizou as notas fiscais que constavam nos registros dos arquivos SINTEGRA. Portanto, quanto às notas fiscais que o contribuinte trouxe quando do pedido que motivou a segunda diligência ainda em sede de instrução processual, já que estas notas fiscais não estavam inseridas nos registros dos arquivos SINTEGRA, então estas notas fiscais não foram consideradas no levantamento fiscal originário.

Uma vez que não foram consideradas, e são notas fiscais de saídas, estas notas não geraram computação de saídas em duplicidade, exatamente, reproto, porque o Fisco só usou os dados das notas fiscais de saídas que estavam informadas no registro 54 dos arquivos SINTEGRA. As que não estavam não foram computadas, portanto não foram computadas saídas em duplicidades em razão dessas não informadas nos registros dos arquivos pelo autuado.

Uma vez que o contribuinte confessa que emitiu notas fiscais que não informou nos seus arquivos SINTEGRA a esta SEFAZ/BA, então se tal descumprimento de obrigação tributária acessória for constatado em nova ação fiscal, distinta e desvinculada da presente lide, então cabe, sim, a aplicação da solicitada multa por descumprimento de obrigação acessória.

Quanto aos documentos trazidos em sede de Recurso Voluntário, observo que o recorrente acosta, à fl. 327, a Nota Fiscal nº 093399, discriminando dois aparelhos celulares marca Nokia 6180 preto, natureza de operação “venda de ativo imobilizado”, CFOP 5551.

Este aparelho não foi incluído no levantamento de estoque, conforme demonstrativos fiscais anexados ao Auto de Infração. Portanto, descabe a alegação de terem sido computadas saídas em duplicidade do que sequer foi computado.

O recorrente acosta, à fl. 328, cópia de parte da Nota Fiscal nº 093320, sem indicação quanto a que mercadoria, ou bem, se refere, natureza de operação “venda de ativo imobilizado”, CFOP 5551; à fl. 329, a Nota Fiscal nº 093819, sem indicação quanto a que mercadoria, ou bem, se refere, natureza de operação “Lanç. Título de baixa de estoque ref. Perda, roubo ou”, CFOP 5927; à fl. 331, a Nota Fiscal nº 094358, sem indicação quanto a que mercadoria, ou bem, se refere, natureza de operação “Lanç. Título de baixa de estoque ref. Perda, roubo ou”, CFOP 5927; à fl. 332, a Nota Fiscal nº 094364, sem indicação quanto a que mercadoria, ou bem, se refere, natureza de operação “Lanç. Título de baixa de estoque ref. Perda, roubo ou”, CFOP 5927. Resta impossível identificar, nos documentos apresentados, se têm qualquer vinculação com a auditoria ora analisada, e quando foram inseridos no registro 54 dos arquivos SINTEGRA do sujeito passivo.

O contribuinte junta, à fl. 330, cópia de parte da Nota Fiscal nº 091187, indicando duas unidades de aparelhos celulares marca LG, modelos respectivamente “RTT LG MX 500 preto pós” e “RTT LG MX 240 preto pós”, natureza de operação “venda de ativo imobilizado”, CFOP 5551. Estudando o processo, verifiquei que a cópia da nota fiscal foi acostada pelo sujeito passivo à fl. 132 dos autos, quando de sua segunda impugnação ao lançamento de ofício. A indicação destes dois modelos de aparelhos consta do levantamento de estoque realizado. Contudo, observo que tais notas fiscais foram analisadas pelo Fisco quando da realização da primeira diligência solicitada pela Junta. A cópia de parte de dados do registro 54 do arquivo SINTEGRA que o contribuinte traz aos autos, já em sede de Recurso Voluntário, não indica a data em que este documento teria sido incluído no registro 54 do seu arquivo SINTEGRA do mês de janeiro/2007, e, portanto não está provado que esta saída destas duas unidades de aparelhos celulares foi considerada em duplicidade. Por outro lado, nesta Nota Fiscal não está citada a operação de “perda ou roubo” (CFOP 5927), nem de “remessa por conta e ordem de terceiro” (CFOP 5923), nem o CFOP 6152, que são os CFOPs citados pelo recorrente. Portanto, não há relação comprovada entre tal documento e a alegação recursal quanto à consideração de operação de saída em duplicidade. Observo que na diligência realizada o Fisco considerou todas as notas fiscais que estavam, à época, incluídas no registro 54 pelo contribuinte.

Assim, não restando comprovadas quaisquer alegações trazidas aos autos pelo sujeito passivo, é irretocável a Decisão objeto do Recurso Voluntário.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a 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 298636.0049/11-2, lavrado contra VIVO S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$2.405.056,88, 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, 18 de setembro de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS