

A. I. Nº - 298636.0069/12-1
AUTUADO - VIVO S/A
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 09/06/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0113-03/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. 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. Refeitos os cálculos mediante revisão fiscal, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2012, refere-se à exigência de R\$872.962,95 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2011).

O autuado apresentou impugnação às fls. 28 a 54 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, reproduzindo o art. 23 do RPAF/BA, a acusação fiscal, além dos dispositivos da legislação tributária considerados infringidos e da multa aplicada. Quanto à metodologia utilizada para apuração das diferenças apontadas, comenta sobre o levantamento quantitativo de estoques, os objetivos e a equação utilizada na apuração do estoque. Diz que o autuante efetuou o levantamento do estoque, apurando, por arbitramento, o número de aparelhos celulares e Simcards existentes em dezembro de 2010. Que a autoridade fiscalizadora presumiu que o resultado obtido a partir da subtração do número de aparelhos celulares e Simcards regularmente escriturados na contabilidade do impugnante com o número de aparelhos celulares e Simcards descritos nas Notas Fiscais de Saída emitidas durante o ano de 2011, seria representativo do número de aparelhos celulares e Simcards que teriam sido adquiridos e não escriturados pelo impugnante, sem que, tivesse levado em consideração qualquer fato ou motivo que pudesse infirmar suas conclusões.

Quanto à base de cálculo, alega que a autoridade fiscalizadora, com base meramente em valores de mercado, arbitrou o valor de cada aparelho celular e Simcard que teria deixado de ter sido escriturado e sobre o montante apurado, aplicou a alíquota de 12%, nos termos em que foi veiculado pelo art. 87 c/c art. 61 e Anexo 88 do RICMS/97. Salienta que foi aplicada a multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

O defendente pede o cancelamento do Auto de Infração, dizendo que serão demonstrados, exemplificativamente, os casos ocorridos que justificam as diferenças apontadas pela fiscalização e que uma nova auditoria ou uma perícia técnica serão aptas a demonstrar item a item o ocorrido. Alega que ao conferir o trabalho da fiscalização, verificou que não foi levado em consideração que parte dos estoques do impugnante estava, no período fiscalizado, em

estabelecimentos de terceiros. Isso ocorreu na situação de remessa de aparelhos para conserto (CFOP 6915/2916). A fiscalização considerou no cômputo das operações de saídas, tanto as notas fiscais de remessa para conserto quanto as mesmas quantidades do estoque do impugnante em poder de terceiros. Lembra que no caso de remessa para conserto não há movimentação de baixa no estoque da empresa e diz que o fisco considerou tanto as notas fiscais de saída para conserto, quanto o estoque que não foi baixado, o que demonstra ter havido cômputo em duplicidade.

Elabora demonstrativo indicando o estoque inicial de aparelhos, as compras, remessas para conserto, devolução de conserto, vendas e o estoque final. O estoque inicial em terceiros, remessa para conserto, devolução de conserto e estoque final em terceiros. Afirma que na apuração dos estoques próprios foram consideradas apenas as remessas e devoluções de conserto, não sendo considerado o estoque inicial em terceiros. Diz que a fiscalização, além de lançar na apuração as saídas para conserto, também considerou as quantidades dos estoques em terceiros, gerando duplicidade nos lançamentos e apurando uma divergência. Para evitar o erro apontado, entende que deve ser excluído do lançamento referente a saídas de mercadorias a quantidade referente aos estoques armazenados em poder de terceiros. Pugna pela posterior juntada das cópias das Notas Fiscais de Saída para conserto, pedindo a realização de diligência, com a posterior intimação do impugnante, para apresentar os mencionados documentos fiscais.

Também alega que no trabalho de fiscalização não foi considerado que as remessas para venda fora do estabelecimento (CFOP 5904) não têm impacto no estoque do estabelecimento da empresa. O defendente ressalta que tem inscrição estadual unificada neste Estado, por força do Convênio ICMS nº 126/98, desta forma, as transferências efetuadas entre filiais dentro do Estado não impactam no seu estoque. Quanto os aparelhos e Simcards são transferidos para venda em loja própria, não há baixa no estoque, mas há emissão de nota fiscal de saída com CFOP 5904, apenas para acompanhar a transferência das mercadorias. Mas a fiscalização computou tanto as notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento, quanto o estoque do impugnante que não teve baixa com essas saídas apenas em transferência.

Salienta que a nota fiscal de remessa é emitida em nome do próprio remetente, o impugnante, e a fiscalização deveria considerar apenas a nota de venda e desconsiderar a nota de remessa para venda fora do estabelecimento. Entende ser necessário considerar apenas as entradas e saídas que efetivamente impactaram o estoque, devendo ser excluídas as notas fiscais referentes à saída de mercadorias para venda fora do estabelecimento e as entradas de retorno das mercadorias não vendidas. Requer seja determinada a realização de diligência para comprovar o argumento sustentado. Diz que o fiscal considerou na apuração de saídas, notas fiscais em duplicidade, porque considerou as notas fiscais de saídas em comodato para os clientes e também as notas fiscais de baixa de estoque para imobilização.

Em relação ao item “Outras Saídas não Especificadas – CFOP 5949, o defendente alega que houve erro na apuração fiscal, porque algumas notas fiscais de saídas consideradas no levantamento fiscal não configuram movimentação no estoque do impugnante. É o caso de notas fiscais de saída de aparelhos para transferência entre lojas, por exemplo, em função da alteração de endereço. Afirma que nesses casos há emissão de nota fiscal de saída para acompanhar as mercadorias, mas não há baixa no estoque. Volta a lembrar que possui Inscrição Estadual unificada no Estado da Bahia, e as transferências entre filiais dentro do Estado não impactam o seu estoque. Diz que a fiscalização considerou, no seu cômputo das operações de saídas, tanto as notas fiscais de remessa para transferência de endereço quanto o estoque do impugnante que não foi baixado com essas saídas apenas para transferência. Entende que é necessário que sejam consideradas apenas as saídas que efetivamente impactaram no estoque do impugnante, devendo ser excluídas as notas fiscais referentes à saída das mercadorias para transferência de estabelecimento, os quais foram equivocadamente considerados. Postula novamente pela juntada dos documentos fiscais que comprovam as transferências ocorridas entre seus estabelecimentos.

O defendente alega que além das questões apontadas anteriormente, constatou que houve lançamento de notas fiscais em duplicidade nos relatórios da fiscalização. A mesma nota fiscal de saída foi lançada diversas vezes na planilha do autuante, sem que tenha sido conferida qualquer justificativa para tanto, sendo necessário que sejam excluídas as notas fiscais lançadas em duplicidade.

Afirma que está demonstrado que a autuação fiscal decorre da utilização pela fiscalização de dois institutos do Direito Tributário. A fiscalização presumiu que as divergências apuradas decorreriam da aquisição de celulares e Simcards de outros Estados que não teriam sido regularmente escriturados, e, conseqüentemente, não teriam sido levados à tributação do ICMS. Diz que a partir desta presunção, a fiscalização arbitrou a base de cálculo do ICMS apontado. Entende que sempre que forem aplicados os institutos da presunção e do arbitramento, cabe ao julgador administrativo analisar a validade e razoabilidade de sua utilização pela autoridade tributária. Diz que o princípio da verdade material vincula o procedimento administrativo tributário, determinando o dever de investigação da autoridade fiscal na busca da realidade do fato tributário.

Sobre o tema, cita ensinamentos da doutrina e jurisprudência, inclusive o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Diz que a jurisprudência administrativa, de forma coerente, vem repelindo o uso razoável do instituto da presunção no ato do lançamento tributário. Cita decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, e apresenta o entendimento de que a autoridade fiscalizadora, com base no mero indício de divergência no estoque físico e contábil, não se deu ao trabalho de apurar os motivos pelos quais ocorreu tal diferença, efetuando o lançamento do crédito tributário acrescido de pesada multa punitiva. Diz que além do equívoco com relação à presunção, a fiscalização adotou critério de arbitramento que injustificadamente amplia o ônus do impugnante.

Salienta que o arbitramento exige que o órgão administrativo pondere sobre o seu objetivo de investigação, levando em conta, além das grandezas legalmente previstas, o tributo cuja base de cálculo está sendo arbitrada. Afirma que a escolha de parâmetro irrazoável ou não pertinente ao objeto da investigação leva à nulidade do lançamento tributário. Cita decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, e diz que a fiscalização não conseguiu produzir qualquer prova contundente que tivesse o condão de imputar ao impugnante. Pede o cancelamento do presente Auto de Infração.

Quanto à multa aplicada, alega que analisando a conduta infracional descrita no inciso do art. 42 da Lei 7.014/96, nota-se que ela descreve comportamento de “sonegação tributária”, que supõe dolo do seu autor, ou seja, intenção de obter vantagem ilícita causando danos ao Erário. Entretanto, afirma que os argumentos trazidos na impugnação demonstram que o defendente não incorreu em qualquer conduta ativa e dolosa que pudesse prejudicar o Erário. Que a conduta dolosa nunca pode ser presumida, devendo ser obrigatoriamente comprovada. Assegura que no presente caso, não há a mínima prova da ocorrência dos atos dolosos que se presumiu terem sido praticados pelo impugnante, por isso, entende que não há como se aplicar a multa extremamente gravosa de 70% do valor da operação.

Cita dispositivos da legislação pertinentes à matéria e decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes de Santa Catarina, e afirma que não havendo comprovação da conduta dolosa por parte do defendente, ou, quando menos, dúvidas sobre as circunstâncias materiais que envolvem o fato autuado, impõe-se o cancelamento da multa aplicada.

Por fim, o defendente pede que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, com a conseqüente anulação do crédito tributário e arquivamento do PAF. Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela posterior juntada de documentos, além de perícia técnica para comprovar as incorreções no presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 118 dos autos, dizendo que o contribuinte, em sua defesa, apresenta argumentos que são procedentes e outros foram considerados improcedentes, o que resultou em redução do valor histórico do débito de R\$872.962,95 para R\$869.119,39. Informa que todos os demonstrativos foram acostados aos autos em CD-R (fl. 120 do PAF). Que os argumentos considerados procedentes se referem à exclusão das notas fiscais com CFOP 6915, 2916, 5904 e 5949. Esclarece que foram considerados improcedentes os seguintes argumentos:

1. Não houve lançamentos em duplicidade de notas fiscais, o trabalho foi feito com base nos Registros 54 dos arquivos do Sintegra fornecidos pelo contribuinte. Apenas foram excluídas notas fiscais cujos CFOP's não entram no levantamento de estoque, tais registros estão coerentes com os livros fiscais.
2. O preço médio das mercadorias foi obtido conforme estabelece a Portaria N°. 445/98 no seu art. 10. Não foram utilizados "institutos da presunção e do arbitramento" como alega o defendente.
3. A multa aplicada é estabelecida pela Lei 7.014/96, art.42, Inciso III.
4. Notas Fiscais de remessas e retornos em comodato tinham sido excluídas inicialmente.

Conclui informando que após os ajustes realizados, o valor histórico do débito é de R\$ 869.119,39, além da multa e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Intimado da informação fiscal e demonstrativos elaborados pelo autuante, o defendente se manifestou às fls. 122 a 131 e 404 a 413. Após fazer uma síntese dos fatos e da impugnação diz que o autuante concluiu pela parcial redução do montante histórico exigido. Entretanto, há nos presentes autos outros elementos suficientemente capazes de infirmar o trabalho desenvolvido pela fiscalização, calcados em extensa documentação fiscal a ensejar o cancelamento da autuação fiscal.

Afirma que o levantamento fiscal foi efetuado apenas no estoque de mercadorias, bem como nas Notas Fiscais de entrada e saída do período fiscalizado, e o autuante não se atentou para outras situações específicas, as quais, por si só, têm o condão de justificar as supostas diferenças apontadas. Informa que passa a demonstrar, exemplificativamente, outras razões que justificam as diferenças apontadas pela fiscalização, sendo que uma nova auditoria ou perícia técnica serão aptas a demonstrar item a item o corrido.

Alega que ao conferir o trabalho da fiscalização através do cruzamento das informações existentes nos livros de Inventário de 2010 e 2011 fornecidos ao autuante, com a planilha constante no Auto de Infração, apurou que o autuante deixou de considerar no cálculo do estoque inicial grande parte do material lá existente, fato que deu ensejo à maior parte das diferenças de estoque apuradas no levantamento fiscal. Diz que se verifica a partir das cópias dos livros de Inventário de 2010 e 2011 fornecidos à Fiscalização, bem como das planilhas elaboradas pelo impugnante a partir de seus registros fiscais, apenas para os materiais que elencou na planilha à fl. 127 dos autos, que há uma diferença de mais de 500.000 (quinhentos mil) materiais que deixaram de ser computados pela fiscalização como pertencentes ao estoque inicial do impugnante.

Observa que se fosse adotado como ponto de partida (estoque inicial) a real quantidade de produtos existentes no seu estoque em 2010, após a verificação das entradas e saídas ocorridas no período, sem quaisquer dúvidas, a fiscalização concluiria pela lisura e correção de todos os procedimentos fiscais realizados pelo autuado, não havendo que se falar na exigência de quaisquer valores concernentes ao ICMS a serem recolhidos aos cofres públicos.

O defendente também alega que há outras mercadorias que deixaram de ser computadas pela fiscalização, a despeito de não estarem relacionadas na planilha que elaborou à fl. 127, mas constam no livro Registro de Inventário, tornando o levantamento fiscal ainda mais discrepante da realidade. Comenta sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do

impugnante, CFOP 1552 e 5409/1409, ressaltando que em operações desta natureza, qual seja, transferência de mercadorias entre filiais de uma mesma Empresa, considerando a existência de um estoque único para todas as filiais, não há que se falar em movimentação de baixa de estoque, razão pela qual, não se pode concluir que tais operações referem-se à comercialização de aparelhos e Simcards pelo impugnante. Diz que o fisco, ao considerar tais operações como operações comerciais, trouxe informações equivocadas em seu relatório, tendo em vista que, no início e no final do ano, pode haver mercadorias que saíram em transferência em um exercício e retornando apenas no exercício seguinte. Observa que o fato de as mercadorias terem saído do estoque não se pode concluir que estas tenham sido objeto de operações comerciais. Entende que o presente lançamento fiscal deve ser refeito, para o fim de que sejam excluídos os valores correspondentes às operações de remessas entre as filiais do impugnante, acobertadas pelos CFOPs 1.552 e 1.409.

Requer sejam os argumentos apresentados devidamente apreciados, considerando que a Administração Pública encontra-se vinculada ao princípio da verdade material, e no presente caso, a documentação apresentada é suficiente para demonstrar que o autuante se equivocou quanto aos dados e informações obtidas a partir dos documentos fiscais, imputando ao autuado uma conduta que não corresponde à realidade dos fatos e provas carreados aos autos. Pede o cancelamento do Auto de Infração e arquivamento do PAF.

Considerando a apresentação pelo defendente de novos demonstrativos, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência, solicitando que o autuante se manifestasse a respeito do conteúdo de tais documentos.

Também foi solicitado que após a informação fiscal do autuante, que o defendente fosse intimado, concedendo o prazo para a sua manifestação.

À fl. 441 o autuante prestou nova informação fiscal, dizendo que foram efetuadas alterações no levantamento quantitativo de estoques. Após os ajustes realizados, o imposto exigido passou a ser de R\$103.066,53. Informou que os demonstrativos foram anexados aos autos em CD-R à fl. 443 deste PAF.

O defendente se manifestou às fls. 444 a 449, alegando que, a despeito da redução efetivada, há provas suficientes a justificar o cancelamento integral do Auto de Infração em tela. Alega que demonstrou que: i) o autuante deixou de considerar no cálculo do “estoque inicial” (correspondente à quantidade de material existente no estoque em 2010) grande parte do material já existente, fato que deu ensejo à maioria das diferenças de estoque apuradas pela Fiscalização; ii) as mercadorias que saíram do estoque do impugnante com destino às suas filiais, em operações de simples remessa, acobertadas pelas CFOP's 1.552 e 5409/1.409, não dão ensejo à incidência do ICMS, devendo ser excluídos do cômputo da Fiscalização os respectivos valores.

Quanto à redução do débito para R\$103.066,53, alega que embora o autuante tenha reduzido significativamente o montante cobrado, ainda há valores a serem incluídos, devendo-se culminar no cancelamento integral da autuação.

Diz que, conforme já demonstrado em sua manifestação anterior, ao cruzar as informações existentes nos livros de Inventário de 2010 e 2011, fornecidos à Fiscalização, com a planilha constante no Auto de Infração como “Anexo I”, o defendente apurou que a autoridade fiscal deixou de considerar no cálculo do “estoque inicial” grande parte do material lá existente, fato que deu ensejo à maior parte das diferenças de estoque apuradas.

Assegura que ainda há material do “estoque inicial” a ser computado pela Fiscalização em seus cálculos, diminuindo-se ou até mesmo anulando-se as diferenças de estoque apontadas inicialmente. Citou exemplos, elaborando uma planilha à fl. 447, incluindo as seguintes mercadorias: aparelho Motorola C210, aparelho Motorola V8160, aparelho Nokia 8280 e aparelho LG Slider CAM MX 800. Entende que o suposto saldo remanescente deve ser reanalisado, e que deve ser cancelado o presente Auto de Infração.

Também alega que devem ser excluídos todos os valores referentes às operações de simples remessa entre as filiais da Impugnante, considerando a existência de estoque único. Lembra que no Estado da Bahia, o Impugnante possui um cadastro único para todas as suas filiais localizadas dentro do Estado, e que, por uma questão de logística, detém também um estoque único para todas as suas filiais, nos termos em que bem demonstrado nas cópias dos seus livros de Inventário, já acostados aos autos.

Arremata que o Fisco, ao considerar tais operações como operações comerciais, realmente trouxe informações equivocadas em seu relatório, tendo em vista que, no início e no final do ano, pode haver mercadorias que saíram em transferência em um exercício e retornado apenas no exercício seguinte.

Conclui que o presente lançamento fiscal deve ser refeito, para o fim de que sejam excluídos os valores correspondentes às operações de remessas entre as filiais da Impugnante, que não correspondem a operações comerciais, uma vez que, no Estado da Bahia, a Impugnante possui um estoque único para suas Empresas.

Por fim, o impugnante reitera seu pedido pelo cancelamento do Auto de Infração e arquivamento do processo administrativo.

Considerando que após a apresentação da última informação fiscal não restou evidenciado qual o livro Registro de Inventário deve prevalecer, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência (fl. 453), solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito, com base nos dados apontados pelo defendente e pelo autuante, analisasse a validade ou não dos dados trazidos nas razões de defesa com aqueles que foram posteriormente acostados aos autos e rejeitados pelo autuante.

A diligência foi realizada por Auditor Fiscal designado pela autoridade competente, tendo sido informado às fls. 462/463 que na mídia anexada à fl. 23 foram colacionados diversos arquivos e demonstrativos, inclusive os livros Registro de Inventário dos exercícios de 2010 e 2011. No inventário de 2010, os produtos foram comparados com os dados consignados no estoque inicial do demonstrativo de apuração do estoque fechado elaborado pelo autuante. Foram identificadas divergências nos dados dos produtos de códigos ACMO00241000, ACMO 01941000, ACNK012A1000, AVLG08161000, DXAU00741000 e YGSC002W4021, ora corrigidos.

Quanto aos CFOPs 1552, 1409 e 5409, constantes nas razões de defesa às fls. 445 e 449, o diligente informou que foram excluídos do levantamento fiscal, conforme informado pelo autuante na informação fiscal de fl. 453. Disse que no CD juntado à fl. 443 com os demonstrativos elaborados pelo autuante, se constata a existência de um arquivo com os CFOPs excluídos. Também informa que no mencionado CD não consta transação com o CFOP 1552 (transferência de bem do imobilizado), em razão de não existir de tais registros no arquivo do autuado.

Após a inclusão do estoque inicial referente aos produtos ACMO00241000, ACMO 01941000, ACNK012A1000, AVLG08161000, DXAU00741000 e YGSC002W4021, o imposto exigido ficou alterado de R\$103.066,53 para R\$97.968,28.

O defendente se manifestou às fls. 468/470 dos autos. Apresenta uma síntese dos fatos e alega que apesar da redução do débito, ainda faz jus ao cancelamento integral da autuação, na medida em que mesmo o valor de R\$97.968,28 não é devido ao Estado da Bahia. Diz que, conforme já demonstrado e reconhecido parcialmente pela fiscalização, deixou-se de considerar no cálculo do estoque inicial correspondente à quantidade de material existente no estoque de 2010, grande parte do material já existente, fato que ensejou a maioria das diferenças de estoque apontadas pela fiscalização. Assegura que ainda há ajustes que permanecem pendentes, é o caso, por exemplo, do material YGSC019W4079, em relação ao qual há uma diferença de 100.000 itens entre a quantidade apurada no estoque pela Fiscalização e aquela verificada pelo impugnante, ou seja, a quantidade considerada pela fiscalização é 25.021 e a quantidade do defendente é 125.021.

Ressalta que, das planilhas elaboradas pela fiscalização a respeito dos materiais excluídos, não se observa o material questionado no item acima, e em razão da divergência apontada, entende que o presente lançamento fiscal ainda está sujeito a reduções, dentre elas a decorrente da exclusão do produto YGSC019W4079.

Reitera o pedido de cancelamento integral do Auto de Infração e posterior arquivamento do correspondente processo administrativo.

Em petição posteriormente protocolada, fls. 473/474, o autuado informa a incorporação da Vivo S/A, pela Telefônica Brasil S/A e a Telefônica Data S/A. Requer, ainda, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome do seu patrono, Dr. João Dácio Rolim, inscrito nos quadros da OAB/SP sob o nº 76.921.

O Auditor Fiscal estranho ao feito encarregado pela diligência fiscal prestou nova informação fiscal à fl. 588, dizendo que se constata que o defendente não verificou os demonstrativos disponibilizados em CD, tendo em vista que, se o fizesse verificaria que não consta diferença de estoque do produto YGSC019W4079. Assegura que não assiste razão ao defendente e pede que o presente PAF seja julgado.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

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, considerando que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência por preposto fiscal estranho ao feito, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2011, sendo exigido o imposto por responsabilidade solidária, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Observe que a exigência do imposto em relação à omissão de entrada é decorrente de presunção legal, estando embasada no § 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96, por isso, foi apresentada a conclusão de que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de

saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção."

O autuado alegou que constatou equívocos no levantamento fiscal: a) remessa de aparelhos para conserto (CFOP 6915/2916); b) remessas para venda fora do estabelecimento (CFOP 5904); c) saída de aparelhos para transferência entre lojas, por exemplo, em função da alteração de endereço; d) lançamento de notas fiscais em duplicidade nos relatórios da fiscalização. A mesma nota fiscal de saída foi lançada diversas vezes na planilha do autuante, sem que tenha sido conferida qualquer justificativa para tanto.

Na informação fiscal, o autuante acatou parte das alegações defensivas e dos cálculos apresentados pelo contribuinte, ficando reduzido o valor histórico do débito de R\$872.962,95 para R\$869.119,39. Informou os argumentos considerados improcedentes e disse que são procedentes as alegações que se referem à exclusão das notas fiscais com CFOP 6915, 2916, 5904 e 5949.

Em nova informação fiscal, após os ajustes realizados, o imposto exigido passou a ser de R\$103.066,53. O autuante informou que os demonstrativos foram anexados aos autos em CD-R à fl. 443 deste PAF.

Tendo em vista que os cálculos não foram acatados pelo defendente, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi realizada diligência fiscal por preposto estranho ao feito, com a conclusão de que após a inclusão do estoque inicial referente aos produtos ACOM00241000, ACOM 01941000, ACNK012A1000, AVLG08161000, DXAU00741000 e YGSC002W4021, o imposto exigido ficou alterado de R\$103.066,53 para R\$97.968,28.

O defendente se manifestou às fls. 468/470 dos autos, apresentando o entendimento de que o presente lançamento fiscal ainda está sujeito a reduções, dentre elas a decorrente da exclusão do produto YGSC019W4079, afirmando que a quantidade considerada pela fiscalização é 25.021 e a quantidade do defendente é 125.021. Entretanto, o Auditor Fiscal estranho ao feito encarregado pela diligência fiscal esclareceu à fl. 588 que não consta diferença de estoque do produto YGSC019W4079.

Da análise efetuada nos novos demonstrativos acostados aos autos pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, constato que não se confirmou a única alegação apresentada pelo defendente quanto ao resultado da revisão fiscal efetuada, tendo em vista que não consta diferença de estoque do produto YGSC019W4079, e a quantidade considerada no levantamento fiscal foi 125.021, conforme demonstrativos acostados aos autos, fl. 464, linha 751. Como não foram indicados, objetivamente, outros dados divergentes, não há como acatar a alegação defensiva.

Saliento que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, conforme art. 15, inciso I, alínea "a", Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V. Assim, com base nos demonstrativos elaborados na última diligência fiscal às fls. 464 dos autos, foram calculados os valores devidos, referentes ao exercício fiscalizado.

Acato os novos valores apurados na revisão fiscal realizada por preposto estranho ao feito no valor total de R\$97.968,28.

Quanto à alegação defensiva relacionada à multa aplicada, observo que a aplicação da mencionada multa no percentual de 100%, foi embasada em perfeita consonância com a previsão constante do art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

As multas e acréscimos tributários são decorrentes da autuação, e conforme estabelece o art. 39, V, "c" do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que esteja tipificada a infração, com a multa correspondente. Na presente autuação houve a indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos e da multa aplicada.

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.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298636.0069/12-1**, lavrado contra **VIVO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$97.968,28**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA