

A. I. N° - 232954.0004/04-7
AUTUADO - M-I DRILLING FLUIDS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ADAIR ZAMBONI RIBEIRO
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 28.09.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0357-02/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. 1.1 - EXERCÍCIO FECHADO. Constatando-se no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Corrigido o erro no levantamento. 1.2 - EXERCÍCIO ABERTO. Constatando-se, em exercício aberto, tanto diferenças de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque, deve ser exigido o pagamento: a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal; b) do imposto relativo à omissão de saídas. Infrações não elididas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS. Fato não contestado. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo. Indeferido o pedido de diligência em virtude dos autos conter todos documentos necessários para a sua instrução. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/2004, e reclama o valor de R\$147.181,92, em decorrência dos seguintes fatos:

- 1) Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 42.142,07, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis no montante de R\$ 247.894,52, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto (período de 01/01 a 19/01/2004), conforme demonstrativos às fls. 50 a 53, 55 e 56.
- 2) Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 48.488,00, em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativo à fl. 09.

- 3) Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 43.739,62, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2003, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos às fls. 37 a 39, e 41.
- 4) Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 12.812,23, pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto (período de 01/01 a 19/01/2004), conforme demonstrativos às fls. 50 a 53, e 54.

O sujeito passivo, no prazo legal, em sua defesa às fls. 64 a 69 preliminarmente, com fulcro no artigo 2º c/c com o artigo 18 do RPAF/99, argüi a nulidade do levantamento de estoques do exercício aberto, a pretexto de cerceamento de defesa, sob alegação de que não houve intimação de preposto da empresa para acompanhar e orientar a verificação física do estoque.

Diz que a pessoa (Antônio Lidernaldo Santos) que assinou o termo de contagem do estoque não pode ser considerada como representante da empresa, pois se trata de empregado terceirizado contratado para a guarda e segurança do galpão onde estavam armazenadas as mercadorias. Acostou à defesa cópia de Declaração da empresa Tipo Recursos Humanos Ltda atestando que a referida pessoa exerce em sua empresa a função de Auxiliar de Serviços Gerais (doc. fl. 76).

Sustenta que se a diligência de verificação do estoque tivesse sido realizada na presença do representante da empresa, seriam esclarecidas as diferenças apuradas citando como exemplo o resultado do item relativo a omissão de saídas de 76 tambores de KFA 2000 TB 200.

Ressalta que a maior parte das mercadorias depositada no galpão é de produtos químicos de difícil identificação; de grande semelhança entre os produtos; são descritos sucintamente nas notas fiscais; e encontram-se acondicionados em grandes bolsas para estocagem de produtos químicos necessitando orientação para a sua identificação.

No mérito, no tocante a infração 03, alega que a quantidade correta da nota fiscal nº 149 é de 94 sacos de Cloreto de Potássio – Sc 25 Kg, e não 941, conforme foi consignado no levantamento de entradas. Diz, ainda, que foi computada indevidamente no referido item, a quantidade de 238 sacos constante na Nota Fiscal nº 193, correspondente a Cloreto de Potássio de 50 kg. (docs. fls. 74 e 75).

Quanto a infração 04, argumenta que se ocorreram diferenças de entradas de mercadorias deveria ser levado em conta os créditos fiscais incidentes nas operações que encaminharam as mercadorias para o estabelecimento, para compensação com o imposto devido nas saídas. Sobre esta questão, requereu a compensação em obediência ao princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Com relação a infração 02, foi reconhecido que realmente não foi escriturada a Nota Fiscal de saída nº 220, e informado que oportunamente será providenciado o recolhimento do imposto lançado.

Por fim, salienta que se afastada a preliminar de nulidade, requer a diligência fiscal para contagem física dos dois períodos autuados, indicando para acompanhamento da revisão fiscal o Sr. Osmar Paganeles, formulando como quesito único: conferência física da auditoria de estoques face aos registros de inventários e demais documentos contábeis do estabelecimento.

Na informação fiscal às fls. 90 a 91, o autuante esclarece o seu procedimento adotado na execução da auditoria de estoques, notadamente que para o levantamento das quantidades das mercadorias constantes no dia da verificação do estoque aberto contou com a presença da pessoa que assinou o termo de contagem, a qual, pode ser considerada como responsável pelo estoque das mercadorias depositadas, pois demonstrou ter o perfeito conhecimento das mercadorias e do estoque existente, tanto que, durante a ação fiscal presenciou o mesmo fornecendo a posição de estoque de determinadas mercadorias à Filial de Simões Filho. Ressalta que somente tomou conhecimento após a defesa de que o mesmo era empregado terceirizado, e que este fato não o desqualifica para a função, tendo em vista que a unidade e o controle de estoque estava sob sua guarda.

Reconheceu os equívocos apontados na infração 03, procedeu as devidas correções concluindo que no item Cloreto de Potássio Tipo I – 25 Kg, não há nenhuma diferença, e quanto ao item Cloreto de Potássio Tipo I – 50 Kg, a omissão de entradas passa para 677 sacos. Por conta disso, o débito do item 03 ficou alterado para o valor de R\$ 20.602,64.

Intimado pela repartição fazendária a tomar conhecimento dos termos da informação fiscal, o sujeito passivo interpôs novo recurso às fls. 100 a 102, no qual reiterou sua preliminar de nulidade de que a contagem do estoque não foi realizada na presença de um funcionário da empresa responsável pelo estoque. Aduz que era do conhecimento do preposto fiscal que a pessoa capaz de indicar no depósito os locais de armazenamento dos produtos era o Sr. Osmar Paganeles, pois todos os livros e documentos fiscais foram sempre solicitados ao referido funcionário.

Assevera que houve arbitrariedade do autuante em não solicitar o acompanhamento da diligência de contagem do estoque, e que tal fato não constitui um vício meramente formal, por entender que a presença de funcionário habilitado evitaria os questionamentos que estão sendo levado a efeito.

Conclui reiterando o seu pedido de julgamento improcedente do lançamento tributário em questão.

VOTO

Analizando a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, observo que em momento algum o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois teve conhecimento de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações que lhe foram imputadas, constantes às fls. 19 a 60, os quais permitem a verificação das quantidades e valores apurados, e se acaso apresentam qualquer equívoco, caberia ao autuado apontá-lo, como aliás o fez, ao impugnar o item 03, relativo a auditoria de estoques em exercício fechado.

Quanto a alegação de que a pessoa que assinou a Declaração de Estoque à fl. 11 não é funcionário da empresa, tal fato não implica em nulidade da auditoria de estoques do exercício em aberto, tendo em vista que a partir do momento que o mesmo assinou o referido documento acabou por confirmar as quantidades que foram levantadas pelo preposto fiscal.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade argüida por não se enquadrar no inciso II do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, verifica-se que das quatro infrações constantes no Auto de Infração, o autuado reconheceu a infração 02, relativa a falta de escrituração nos livros fiscais da nota fiscal de saída nº 220, no valor de R\$285.225,38, ocasionando divergência entre os documentos fiscais emitidos e os lançamentos nos fiscais no mês de novembro de 2003 e falta de recolhimento do imposto no valor de R\$48.488,00.

Quanto as demais infrações, o débito a elas inerentes foi apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado – 2003 (infração 03) e em exercício aberto – período de 01/01 a 19/01/2003 (infrações 02 e 04), conforme documentos às fls. 11 a 60.

Quanto a infração 03, o autuado comprovou apenas que a quantidade correta da Nota Fiscal nº 149 (fl. 74) é de 94 sacos de Cloreto de Potássio – Sc 25 Kg, e não 941, e que a quantidade de 238 sacos constante na Nota Fiscal nº 193 (fl. 75) refere-se a Cloreto de Potássio de 50 kg., conforme documentos às fls. 74 e 75. Embora o autuante tenha reconhecido os equívocos, o demonstrativo às fls. 37 a 40 deve ser modificado conforme quadro abaixo, cujo valor do débito fica reduzido para o valor de R\$31.547,57, e não o valor de R\$ 20.602,64 apurado pelo mesmo.

CÓDIGOS	EI	ENT	EF	SR	S/NFS	PUM	DIF ^a ENTRADAS		DIF ^a SAÍDAS	
							QUANT.	VALOR	QUANT.	VALOR
2	8	597	51	554	560	136,26	6	817,56		
20	0	95	0	95	98	0,03	3	0,09		
21	0	1025	686	339	249	125,17			90	11.265,30
22	0	82	0	82	70	115,02			12	1.380,24
23	0	1477	108	1369	1707	5,85	338	1.977,30		
27	0	119	54	65	75	568,04	10	5.680,40		
4	0	235	25	210	250	0,02	40	0,80		
41	0	48	15	33	19	4.286,20			14	60.006,80
42	0	8824	92	8732	8434	38,94			298	11.604,12
45	0	406	42	364	379	478,48	15	7.177,20		
46	1	243	47	197	196	4.337,10			1	4.337,10
5	0	3764	260	3504	3604	16,63	100	1.663,00		
52	0	346	79	267	266	2.927,02			1	2.927,02
55	0	1824	909	915	2008	48,20	1093	52.682,60		
6	164	806	191	779	657	23,39			122	2.853,58
66	0	102	0	102	204	45,00	102	4.590,00		
74	0	218	0	218	0	123,02			218	26.818,36
84	0	0	0	0	5	968,93	5	4.844,65		
88	0	1436	0	1436	462	66,10			974	64.381,40
9	0	1106	316	790	880	125,17	90	11.265,30		
							TOTAL DAS OMISSÕES	90.698,90		185.573,92
							IMPOSTO DEVIDO			31.547,57

Desta forma, tendo sido detectadas mediante auditoria de estoques em exercício fechado, tanto omissão de entradas como de saídas, o imposto deve ser calculado sobre a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual, constitui prova suficiente da

realização de operações de saídas de mercadorias sem o pagamento do imposto devido, conforme previsto no artigo 13, I, da Portaria nº 445/98, combinado com o artigo 60, II, “a” e § 1º do RICMS/97.

Com relação às infrações 01 e 04, observo que o cálculo do débito está correto, eis que foi efetuado com base na Portaria nº 445/98, tendo em vista que se constatando, em exercício aberto, tanto diferenças de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque, deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal; e também o imposto relativo à omissão de saídas.

Quanto a pretensão do contribuinte de que se ocorreram diferenças de entradas de mercadorias deveria ser levado em conta os créditos fiscais incidentes nas operações que encaminharam as mercadorias para o estabelecimento, observo que isto somente seria possível se o mesmo apresentasse as notas fiscais de aquisição para que fosse verificado se o imposto foi pago pelo emitente das notas fiscais.

Não tendo o autuado comprovado qualquer equívoco na auditoria de estoques do período de 01/01 a 19/01/2004, subsistem integralmente as infrações.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no total de R\$134.989,87, ficando o demonstrativo de débito da infração 03 modificado conforme quadro seguinte.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO - INFRAÇÃO 03 - 04.05.02

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/12/03	09/01/04	185.573,94	17	70	31.547,57
TOTAL DO DÉBITO					31.547,57

Além disso, deve ser alterada a multa aplicada na infração 04, para o percentual de 60%, conforme previsto no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0004/04-7**, lavrado contra **M-I DRILLING FLUIDS DO BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$134.989,87**, acrescido da multa de 60% sobre R\$ 61.300,23, e 70% sobre R\$ 73.689,64, previstas no artigo 42, II, “a” e “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA