

PROCESSO - A. I. Nº 279461.0043/06-8
RECORRENTE - LOJAS INSINUANTE LTDA. (DUKEL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0170-03/07
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 22/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0382-12/09

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas por meio de levantamento quantitativo, se o valor das saídas omitidas for superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Corrigidas as datas de ocorrência e de vencimento de 23/08/04 e 09/09/04, para, respectivamente, 23/08/05 e 09/09/05. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em virtude da falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$131.859,60, decorrente de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis. A irregularidade foi apurada mediante a realização de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício aberto (de 01/01/2005 a 23/08/2005), o qual constatou a ocorrência de diferenças tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de saídas.

Em sua defesa, o autuado afirmou que na contagem realizada pelos autuantes apurou 414 unidades de Refrigeradores Eletrolux RE26, porém não foram computadas todas as unidades que existiam em estoque. Relatou que, após a saída dos autuantes, foi feita nova contagem, tendo sido constatado que o estoque real era de 1.489 refrigeradores. Disse que tal fato foi informado à repartição fazendária de seu domicílio fiscal, mediante telefonemas. Apresentou demonstrativos. Solicitou a realização de diligência.

Na informação fiscal, os autuantes afirmaram que, nos termos do art. 142, III, do RICMS/BA, qualquer irregularidade na contagem deveria ter sido feita por escrito. Alegaram que a diferença poderia ter sido ocasionada por lançamentos de documentos de entrada sem a entrada da respectiva mercadoria. Mantiveram a autuação em sua totalidade.

Por meio do Acórdão JF Nº 0170-03/07, o Auto de Infração foi julgado Procedente. Ao proferir o seu voto, a ilustre relatora da Decisão recorrida salientou que a auditoria de estoque foi efetuada em obediência ao previsto na Portaria nº 445/98, inclusive quanto ao rigor exigido pelo inciso I de seu artigo 3º, tendo sido realizada a contagem física do estoque do autuado no dia 23/08/2005, acompanhada por preposto do defendente, que assinou a Declaração de Estoque à fl.11.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o autuado, ora recorrente, apresentou Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, sob o argumento de que a Ordem de Serviço emitida previa que o período fiscalizado se restringiria a 01/01/05 a 23/08/05 e, no entanto, o Auto de Infração apontava como data de ocorrência 23/08/04.

Ainda em preliminar, suscitou a nulidade da Decisão recorrida em razão do indeferimento da diligência solicitada em primeira instância. Disse que esse fato tinha cerceado o seu direito de defesa e violado o devido processo legal.

No mérito, explicou que a execução de um levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto era extremamente difícil em razão de ser o estabelecimento fiscalizado um grande centro de distribuição que abastecia mais de 240 lojas localizadas, em 14 unidades da Federação e que tinha uma intensa movimentação de mercadorias.

Afirmou que, logo após a saída dos autuantes, os seus funcionários paralisaram a movimentação de Refrigerador Eletrolux RE26 e efetuaram uma nova contagem, tendo constatada a existência de 1.489 unidades em estoque. Mencionou que o Sr. Osvaldo, pessoa que assinara a declaração de estoque, não conhecia a legislação tributária para argüir o disposto no art. 142, III, do RICMS-BA.

Alegou que, quando afirmou que refez a contagem da mercadoria, não incorreu em contradição, já que a contagem realizada pelos autuantes tinha abrangido diversas mercadorias, ao passo que a efetuada pela empresa foi restrita a Refrigerador Eletrolux, além de ter os seus funcionários consultado o sistema de controle de estoque da empresa. Mencionou que, após essa contagem, os senhores Osvaldo e Hamilton Xavier procuraram os autuantes para que efetuassem uma nova contagem do estoque, porém esses senhores não conseguiram localizar os auditores e, assim, deixaram recados com os supervisores da INFAZ de seu domicílio fiscal, porém a recontagem não foi realizada e mais de 16 meses depois foi lavrado o Auto de Infração.

Sustentou que não procedia a alegação de que o estoque de 414 unidades de Refrigerador Eletrolux era compatível com o estoque existente em 31/12/05 (573) e em 31/12/06 (449), pois os autuantes não consideraram os diversos fatores que influenciavam o comportamento do mercado. Apresentou demonstrativo com a movimentação da referida mercadoria.

Após afirma que o ICMS referente às omissões apontadas no Auto de Infração já havia sido pago quando da efetivação das saídas, o recorrente apresentou demonstrativos tomando por base o estoque que ele dizia ser o correto (1.489 Refrigeradores). Frisou que, segundo esses demonstrativos, os 1.075 Refrigeradores apontados pelos autuantes como omitidos saíram acompanhados de nota fiscal, uma vez que para resultar em um estoque inventariado no dia 31/12/06 de 449 peças, teria que obrigatoriamente ter em estoque no dia 23/08/05 1.498 peças. Alegou que os autuantes não tomaram os cuidados previstos no inciso I do artigo 3º da Portaria 445/98 e, desse modo, requereu a aplicação do previsto no art. 112 do CTN.

Enfatizou o recorrente que não se sustentava a afirmação dos autuantes de que a diferença apurada poderia ter sido decorrente de lançamento de nota fiscal de entrada sem o ingresso da respectiva mercadoria no estabelecimento. Disse que essa alegação é um fato novo que demonstrava a incerteza e a imprecisão do lançamento, o que contrariava o princípio da legalidade e da tipicidade. Para comprovar que as mercadorias entraram em seu estabelecimento, o recorrente acostou ao processo as fotocópias de notas fiscais de entradas.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente pediu a realização de diligência, para que fossem convidados os supervisores da IFEP Varejo, Sra. Valdiva de Oliveira Martins e Sr. Paulo Cesar Pinto de Almeida, para confirmarem se o recorrente informou o erro na contagem do estoque, bem como para que fosse certificada a veracidade dos relatórios de movimentação de estoque em confronto com os seus livros fiscais e arquivos do Sintegra. Solicitou que o Auto de Infração fosse julgado nulo ou improcedente.

Ao se pronunciar nos autos, a ilustre representante da PGE/PROFIS sugeriu a conversão do processo em diligência, para que fosse verificada a veracidade das alegações recursais. Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF acolher a sugestão da PGE/PROFIS e converter o processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fossem analisadas as planilhas apresentadas pelo recorrente, bem como as notas fiscais por ele juntadas ao processo.

A diligência foi atendida conforme o Parecer ASTEC Nº 152/2008 (fls. 437 a 439). Nesse Parecer, foi feita uma análise das notas fiscais acostadas ao processo e das planilhas de fls. 351 e 353, tendo o ilustre Parecerista informado que as notas fiscais apresentadas pelo recorrente foram todas

computadas nos demonstrativos da fiscalização e que as planilhas de fls. 351 e 353 são referentes a períodos diversos do fiscalizado. Em seguida, o Parecerista assim se pronunciou:

“Considerando que o Auto de Infração foi pautado em estoque de exercício aberto e que as planilhas apresentadas se referem à movimentação de entradas e saídas em exercício fechado, considerando também que o único ponto de divergência é o estoque existente no estabelecimento no dia 23/08/2005, e considerando, ainda, que o único documento que prova a existência de estoque naquela data é o de fl. 11 do PAF, este com 414 unidades, o que foi utilizado pela fiscalização, nenhum valor relativo à mencionada mercadoria foi feito, salvo melhor juízo.”

Os autuantes e o recorrente foram notificados acerca do resultado da diligência. Os primeiros não se pronunciaram, ao passo que o segundo, às fls. 446/451, impugnou o resultado da diligência, por entender que estava incompleta.

Afirmou o recorrente que a metodologia mais correta para se saber se o estoque de 1.489 peças estava certo era se tomar a quantidade constante no livro Registro de Inventário e, em seguida, ir regredindo o levantamento para a data em que foram contados os estoques, ou seja, 23/08/05. Sustentou que tomando por base o inventário consignado no livro Registro de Inventário em 31/12/06 e fazendo a regressão até 23/08/05, chegar-se-ia à conclusão de que os autuantes deixaram de contar 1.075 peças que estavam armazenadas a céu aberto e que, portanto, o estoque correto naquela data era de 1.489 unidades.

O recorrente frisou que o preposto da ASTEC sequer constou em seu relatório se os números apresentados nas planilhas acostadas ao processo estavam ou não corretos, deixando, assim, de se posicionar sobre dados que auxiliariam os julgadores no momento da Decisão. Em seguida, elaborou uma demonstração numérica dos estoques e das operações de entradas e de saídas que, no seu entendimento, comprovavam que o estoque existente em 23/08/05 era de 1.489 peças.

Solicitou o recorrente que o processo retornasse à ASTEC, para que o auditor fiscal complementasse a diligência requerida, tendo em vista os arquivos do SINTEGRA no que diz respeito à movimentação de estoque de Refrigerador Eletrolux RE26.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, foi sugerida a conversão do PAF em diligência à ASTEC, tendo em vista o pronunciamento do recorrente às fls. 446/451. Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF que essa diligência sugerida se mostrava tecnicamente inviável, pois não havia como se aferir, hoje, qual era o estoque que existia fisicamente em 23/08/05.

Em Parecer às fls. 460 a 462, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirmou que o equívoco na data de ocorrência da infração já fora corrigido na Decisão recorrida e, portanto, não era razão para a nulidade do lançamento. No mérito, disse que as notas fiscais apresentadas em fase recursal já foram todas computadas nos demonstrativos elaborados pelos autuantes. Sustentou que não foram trazidas aos autos provas que desconstituíssem a infração. Afirmou que, sendo a revisão da declaração de estoque inviável, deveria ser acatada a apuração levada a efeito pelos autuantes e comprovada pelo documento acostado à fl. 11, o qual fora firmado por preposto do recorrente. Ao final, a ilustre procuradora opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Preliminarmente, o recorrente suscitou a nulidade do lançamento sob a alegação de que havia divergência entre o período citado na Ordem de Serviço nº 524870/05 e o abrangido pela auditoria fiscal, uma vez que o Auto de Infração se referia a fatos geradores ocorridos em 23/08/05.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois o período abrangido pelo levantamento quantitativo de estoque de que trata o Auto de Infração (01/01/05 a 23/08/05) está em conformidade com a citada Ordem de Serviço. Esse fato está comprovado pelos documentos de fls. 9, 11, 14/21 e 22, dos quais o recorrente recebeu cópia. Efetivamente, houve um erro material na indicação da data de ocorrência e de vencimento no Auto de Infração e no Demonstrativo de Débito, porém essa questão já foi abordada na Decisão recorrida.

Ainda em preliminar, o recorrente suscitou a nulidade da Decisão recorrida, alegando que o indeferimento da diligência solicitada em primeira instância cerceou o seu direito de defesa.

A realização de diligência ou de perícia destina-se a fornecer ao julgador subsídios para o deslinde de pontos controversos e, portanto, quando o julgador entende que já possui elementos suficientes para decidir a matéria, não acarretará cerceamento de defesa o julgamento da lide. No caso em tela, ao se confrontar os argumentos trazidos na defesa com o voto proferido pela ilustre relatora da Decisão recorrida, verifica-se que todos os argumentos defensivos foram examinados e acolhidos ou rechaçados com a devida fundamentação. Dessa forma, não vislumbro razão para a nulidade suscitada, pois a 3ª JJF indeferiu a solicitação de diligência de forma fundamentada e com respaldo na legislação tributária estadual (art. 147, I, do RPAF/99).

Tendo em vista que em fase recursal a realização de diligência voltou a ser requerida, saliento que, quanto à análise de documentos e demonstrativos acostados ao processo, a diligência de fls. 437 a 439 (Parecer ASTEC Nº 152/2008) já atingiu os seus objetivos, ao passo que não vislumbro razão para que se solicite aos supervisores da INFAZ Varejo a conformação de alegação recursal, uma vez que tal comprovação deveria ter sido feita nos termos do artigo 142, II, do RICMS-BA. Dessa forma, considero que o processo já contém todos os elementos necessários à formação do convencimento dos julgadores.

Adentrando no mérito da lide, observo que o único ponto controverso no levantamento quantitativo está na quantificação do estoque da mercadoria Refrigerador Eletrolux RE26, existente em 23/08/05. Segundo os autuantes, o estoque era de 414 unidades; conforme o recorrente, o correto era de 1.489 unidades, uma vez que os autuantes deixaram de computar 1.075 unidades que estavam armazenadas a céu aberto.

Prevê o disposto no artigo 2º, da Portaria 445/98, que o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias poderá ser realizado em exercício fechado ou em exercício em aberto. O levantamento quantitativo em exercício fechado é feito quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, de forma que os estoques inicial e final são obtidos diretamente do livro Registro de Inventário. Por seu turno, o levantamento quantitativo em exercício aberto é efetuado quando não se dispõe de informações sobre o estoque final, sendo necessário que o fisco efetue a contagem física das mercadorias existentes no estabelecimento na data escolhida.

No caso em tela, o levantamento quantitativo realizado foi do tipo em exercício aberto e, portanto, o estoque final tinha sido obtido mediante uma contagem física das mercadorias existentes em estoque em 23/08/05, representada pela Declaração de Estoque de fl. 11.

A contagem física das mercadorias existentes em estoque em 23/08/05 foi acompanhada por preposto do recorrente, Sr. Osvaldo Costa Oliveira, o qual assinou a correspondente Declaração de Estoque (fl. 11). Nessa contagem foi constatado que havia em estoque 414 unidades de Refrigerador Eletrolux RE26. Tendo em vista que essa citada Declaração de Estoque está devidamente preenchida e assinada pelos representantes do recorrente e do fisco, considero que ela reflete o efetivo estoque de mercadorias existentes fisicamente naquela data.

O recorrente alega que a contagem realizada pelos autuantes estava equivocada e que a correta quantidade poderia ser apurada tomando por base o estoque existente em 31 de dezembro e, em seguida, ir regredindo com as entradas e as saídas até 23/08/05. Para comprovar sua alegação, apresentou demonstrativos.

A primeira vista esse argumento recursal parece correto, porém, quando nos lembramos que o estoque final que se busca é o referente às mercadorias existentes **fisicamente** em estoque, se vê que essa tese não se sustenta. Segundo a metodologia citada pelo recorrente, podemos apurar o estoque **escritural**, o qual pode ser diferente do estoque que fisicamente existia naquela data.

Tendo em vista que a contagem física de mercadoria se consuma em um determinado instante e que não há como ser refeita posteriormente, o disposto no artigo 142, III, do RICMS-BA, cuidou de prever que essa contagem deveria ser acompanhada pelos contribuintes, *“pessoalmente ou por preposto, fazendo por escrito as observações que julgar convenientes, sob pena de ter como exata a referida contagem.”*

As alegações recursais referentes à dificuldade para a realização da contagem, tendo em vista as dimensões de seu estabelecimento, não são capazes de invalidar o que consta na Declaração de Estoque de fl. 11. Do mesmo modo, os alegados contatos verbais com os supervisores da INFAZ Varejo não possuem o condão de invalidar a contagem feita pelos autuantes, uma vez que qualquer erro na contagem realizada deveria ter sido informado por escrito e nos termos do citado artigo 142, inciso III, do RICMS-BA.

O recorrente afirma que na realização do levantamento quantitativo não foi observado o disposto no inc. I do art. 3º da Portaria nº 445/98 e, assim, solicita a aplicação do previsto no art. 112 do CTN.

Não há como acolher esses argumentos recursais, haja vista que o levantamento quantitativo de estoque em tela foi realizado com o devido rigor na quantificação dos estoques inicial e final e das entradas e das saídas de cada espécie de mercadoria, não havendo, assim, qualquer dúvida que justificasse a aplicação do disposto no artigo 112 do CTN, conforme solicitou o recorrente.

As notas fiscais acostadas ao processo em fase recursal já foram computadas no levantamento quantitativo, conforme comprovou a diligência realizada pela ASTEC do CONSEF. Os argumentos recursais pertinentes à sazonalidade das operações realizadas, aos diversos fatores que influenciam o comportamento do mercado e à garantia dada aos produtos vendidos rebatem os argumentos dos autuantes na informação fiscal, porém não elidem a acusação, a qual está respaldada no levantamento quantitativo de estoque.

Pelo acima exposto, considero que o levantamento quantitativo de estoque está correto e em conformidade com os ditames previstos na Portaria nº 445/98, não tendo o recorrente conseguido trazer aos autos elementos capazes de modificar a Decisão recorrida.

Por fim, observo que apesar de na Decisão recorrida ter sido explicado o erro material quanto à data de ocorrência do fato gerador, no demonstrativo de débito do Auto de Infração após o julgamento de primeira instância ainda não consta a correção pertinente, conforme se pode verificar à fl. 325. Dessa forma, deverá a repartição fazendária competente providenciar a retificação das datas que constam no Auto de Infração.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279461.0043/06-8, lavrado contra **LOJAS INSINUANTE LTDA. (DUKEL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$131.859,60**, 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, 03 de dezembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS