

A. I. Nº - 279127.0018/01-7  
AUTUADO - AZULAY E CIA. LTDA.  
AUTUANTE - KATIA MARIA DACACH MACHADO FRAGUAS  
ORIGEM - INFAC IGUATEMI  
INTERNETE - 04.06.02

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0182-01/02**

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE. FALTA DE CERTEZA DO LANÇAMENTO. O levantamento foi realizado englobando todas as mercadorias de gêneros e espécies diferentes num único item, descaracterizando o lançamento por não ficar definida a determinação da infração, sobretudo no que concerne a mensuração da base de cálculo. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 19/02/02, reclama imposto no valor de R\$60.706,79, pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor superior ao das saídas omitidas no mesmo período, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta para o cálculo do imposto o valor das entradas omitidas, imposto apurado no exercício de 1997, no valor de R\$18.799,04 e, para o exercício de 1998, no valor de R\$41.907,75.

Consta nos autos que a empresa teve como sistemática nos exercícios de 1997 e 1998, inventariar a maior parte das suas mercadorias sem especificação, titulando como: refugo – mercadorias com defeito, colocando apenas o total das peças. Sendo assim, foi obrigado a realizar o inventário dos estoques de acordo com o Livro de Inventário – (xerox em anexo), ou seja, considerando apenas a titulação “mercadorias”, sem especificação.

O autuado, às fls. 157 a 161, apresenta defesa alegando que os fatos narrados não correspondem à realidade, que nunca adquiriu mercadorias sem a devida documentação fiscal, nem promoveu saídas sem nota fiscal.

Argumenta que a norma que descreve hipótese de incidência de tributos somente poderá recair sobre fatos certos e determinados. Não ocorrendo o fato devidamente descrito em lei, não poderá ser exigido o tributo. Cita trecho de texto de juristas que fala do princípio da tipicidade.

Alega, ainda, que o Fisco não identificou que tenha ocorrido saída sem o devido recolhimento do imposto, limitando-se a inferir a imaginária existência de entradas sem a devida escrituração. Diz que esse fato somente atesta a lisura do procedimento adotado pelo impugnante, já que se houve aquisição de mercadorias não contabilizadas, tal fato apenas evidencia que o autuado não se utilizou o respectivo crédito do imposto e, desta forma, procedeu a recolhimento a mais do imposto.

Prosegue alegando que dentro desse raciocínio, o Auto de Infração jamais poderia identificar diferença de imposto a recolher. Muito pelo contrário, trata-se do verdadeiro instrumento de legitimidade do crédito do ICMS não compensado pelo requerente.

Entende que resta claro que o autuado nunca deixou de recolher ICMS, no entanto, a fiscalização demonstra que o autuado deixou de compensar imposto a que teria direito. Que o único equívoco supostamente cometido já foi corrigido conforme o Termo de Denuncia Espontânea (fl. 170), que anexa ao processo e que pede que seja considerado.

Conclui requerendo a improcedência da autuação.

A autuante, à fl. 173, informa que a autuação se deu com base nos livros e documentos fiscais apresentados pelo autuado. Cita os arts. 330; 219, IV, “b”, e 233, V, todos do RICMS/97, dizendo que as escriturações e omissões de notas fiscais não atendem ao que dispõe a legislação e, em face disso, com base no inciso III do art. 3º da Portaria 445/98, foram agrupados os itens inventariados de forma a reunir, num mesmo item, todas as espécies de mercadorias, tomando-se como base de cálculo o que determina o art. 60, II, “b”, do RICMS/97.

Esclarece ainda que a defesa ratifica o procedimento adotado, já que não alega nada de novo, nem junta nenhum documento que questione o trabalho desenvolvido. Que a alegação do impugnante de que o trabalho da Auditoria tem como resultado a imaginação de que exista entradas de mercadorias sem escrituração não prospera, haja vista que o levantamento quantitativo teve como base as informações e documentos fornecidos pelo impugnante e que todo o inventário foi considerado, apesar da quantidade anormal de peças diversas, definidas como refugo, em torno de 80% do estoque inventariado. Não foi questionada a metodologia do trabalho realizado, apenas teve, o autuado, elucubrações jurídicas para tentar confundir o órgão julgador, já que não existe nenhum respaldo jurídico na defesa apresentada.

Conclui dizendo que as omissões de saídas subsistem quer apuradas “por espécie” quer apuradas por “gênero”. E se a escrituração permitisse uma contagem do estoque por código, ou item, mesmo assim persistiria a omissão apurada, mantendo a autuação.

## VOTO

Inicialmente, vale observar que na apuração através de levantamento quantitativo dos estoques, de diferença por entradas sem documentação fiscal, não se está exigindo imposto pela entrada de mercadorias não contabilizadas, e sim, por presunção legal de que ao adquirir tais mercadorias, o contribuinte o fez com recursos de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente, sem a devida emissão de documento fiscal, e consequente, falta de recolhimento do imposto, previsão legal prevista no § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, abaixo transcritos.

*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 ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.*

Também, a Portaria 445/98, tem como objetivo dispor sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, inclusive em relação as disposições contidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Assim, o artigo 3º, III da citada Portaria, diz o seguinte:

*Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:*

.....

*III – nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item de forma a reunir num mesmo item todas as espécies de mercadorias afins.*

Na verdade, o que se observa do trabalho desenvolvido pela autuante é um agrupamento de todas as mercadorias comercializadas pelo impugnante, intitulando-as de “produtos diversos”, na execução do roteiro de Auditoria dos Estoques. Tal posicionamento se deu em razão de o sujeito passivo ter escriturado de forma irregular o livro Registro de Inventário, correspondente aos estoques inventariados em 31/12/97 e 31/12/98 (fls. 11 a 26 dos autos) indicando a existência de 25.112 unidades de diversas peças, no estoque de 31/12/97, a título de refugo mercadorias de coleções anteriores com defeito e, 23.348 unidades de diversas peças, no estoque de 31/12/98, também como refugo mercadorias com defeito.

Assim, entendeu a autuante que deveria de forma genérica agrupar todos os produtos comercializados pelo autuado num único item. Elaborou todos os demonstrativos e levantamentos adequados ao roteiro de Auditoria dos Estoques, considerando todas as quantidades dos produtos adquiridos para comercialização, as quantidades dos produtos que tiveram suas saídas mediante documentação fiscal e confrontou-as com as quantidades totais dos produtos inventariados, apurando, assim, diferença por entrada sem documentação fiscal. No entanto, ao assim proceder, a nobre autuante não atentou que tal agrupamento não tem respaldo legal, haja vista que se trata de mercadorias diversas, conforme escrituração no livro Registro de Inventário, cópia xerográfica anexada ao processo, o contribuinte comercializa: blusas, calças, chapéus, bolsas, chinelo, saias, conjuntos, óculos, maiôs, pulseiras, raquetes, kargas, cesta, cadeira, calcinhas, braceletes, shorts, tangas, etc; também as unidades de medida são: unidades e pares.

No presente caso, não se trata de não especificação exata das mercadorias, de mercadorias com mais de uma denominação, nem de mercadorias que comporte vários subgrupos ou referencias diversas, para que pudessem ser reunidos num só item, como fez a autuante, trata-se, isto sim, de produtos de gêneros totalmente distintos.

Diante da impossibilidade de se fazer o roteiro de Auditoria dos Estoques “estoque fechado”, cabia a nobre auditora optar por outro roteiro consentâneo com a situação, tais como: Auditoria de “Caixa” e/ou Auditoria de “Passivo”. Seria admissível até a adoção do arbitramento da base de cálculo, na impossibilidade de adoção dos roteiros normais de fiscalização.

Desta maneira, concluo pela nulidade da acusação fiscal, por falta de certeza do cometimento da infração, sobretudo no que concerne a mensuração da base de cálculo.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 279127.0018/01-7, lavrado contra AZULAY E CIA. LTDA.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2002.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA