

A. I. Nº - 180642.0009/12-0
AUTUADO - BAGAREL COMÉRCIO DE INSTRUMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA DÓREA DANTAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09.07.2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-01/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. PROCEDIMENTO FISCAL INADEQUADO. Levantamento fiscal efetuado sem levar em conta diversos tipos de mercadorias similares, variando apenas quanto a cores, tipos de rosca ou sem rosca, voltagem, amperagem, pressão e outras características que não descaracterizam a sua natureza e função de mercadorias afins. De acordo com a orientação da Portaria nº 445/98, quando determinada mercadoria comporta 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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18.12.12, acusa falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” [sic], fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2010), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 10.378,55, com multa de 100%.

O autuado apresentou defesa (fls. 149/151) suscitando em preliminar a nulidade do Auto de Infração porque o fiscal não atentou que os “produtos” objeto do levantamento no ano de 2010 têm referências iguais e várias funções, como escala de temperatura, pressão, NA, NF, NANF, com rosca, sem rosca, modalidade das roscas 1/2, 1/3, 3/4, com dimensões ou diferenças pequenas, voltagem, alimentação, amperagem. Alega que esses detalhes são colocados em campos específicos do sistema, que geram códigos diferentes para a mesma referência, ou seja, não há alterações de código principal, mas sim diferença de tamanho, cor, mas sua natureza, objeto e utilização se mantêm os mesmos, conforme quadro e planilhas de amostragem de movimentação dos produtos por códigos que apresenta anexos. Pleiteia a nulidade do lançamento, com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF.

No mérito, alega que nunca deixou de registrar suas vendas. Aduz que alguns itens listados no quadro anexo à defesa, onde consta “Erro de contagem de inventário”, basicamente se referem à complexidade das mercadorias por aspectos relativos a diferenças de cor, tamanho, espessura, rosca, alimentação, unidade ou caixa, mas de mesma natureza. Explica que, para controle interno, a empresa usa referências para essas mercadorias, que são lançadas no sistema de estoque no momento das saídas, no sentido de identificação visual e melhor descrição para o cliente.

Pondera que o fisco não deve se satisfazer apenas com as provas e versões fornecidas, tendo o dever de trazer aos autos todos e quaisquer elementos, dados, documentos e informações, desde que

obtidos por meios lícitos, a fim de obter a verdade real da ocorrência, ou não, da obrigação tributária, seja a favor ou contra o fisco, seja a favor ou contra o contribuinte.

Reporta-se ao relatório anexo com os códigos listados como omissos pela fiscalização, alegando que na verdade foram lançados nos livros de saídas e na contabilidade da empresa, conforme livro de saídas e Notas Fiscais em mídia.

Aduz que anexou CD onde estão gravadas as Notas Fiscais e os valores das mercadorias omitidas que motivaram o Auto, assegurando que elas não foram omitidas.

Conclui frisando que a aplicação de critérios diferentes na apuração do Auto, relativamente a valor de omissões de entradas sem crédito e valor de omissões de saídas com débito, fere o princípio da isonomia, que determina tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades.

Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente. Requer a realização de diligência para que, a partir do exame de sua contabilidade, sejam comprovadas suas alegações.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação (fls. 229/232) falando dos procedimentos que precederam a autuação.

Quanto à alegação de erro na contagem do inventário, a autuante toma como exemplo a mercadoria do código 0000048 – Paquímetro 500-144 Dig Mitotoyo, dizendo que no demonstrativo de cálculo das omissões, à fl. 124, o estoque final é igual a 1, o que causou a omissão de saída de 2 peças, e a solução que o autuado dá para essa diferença é apelar para erro de contagem do inventário, e seu estoque final, que era de 1 peça, passa a ser de 3 peças, o que vem a zerar as diferenças.

Aduz que em todas as mercadorias o autuado faz a mesma coisa, e dessa forma se torna muito fácil zerar qualquer diferença no estoque, basta que sempre seja feito um ajuste na quantidade inicial ou na quantidade final e se diga que houve erro no inventário.

Quanto às saídas através de Cupons Fiscais, a autuante toma como exemplo a mercadoria 004547 – Term Post s/cont MT-350 Laser m/Minipa. Observa que nas fls. 128-129 consta a lista das mercadorias com movimento no 60R. Informa que, com base nos arquivos magnéticos, foi feito o demonstrativo constante às fls. 130/140, indicando todo o movimento dos Cupons Fiscais das mercadorias que foram incluídas no levantamento de estoque, sendo que esse movimento foi adicionado ao levantamento, o que ficou comprovado pelo demonstrativo de cálculo das omissões às fls. 124/127, coluna “Soma NF + ECF”, e, sendo assim, não existem as omissões que o contribuinte alega ter ocorrido por falta dos Cupons Fiscais.

Aduz que o mesmo fato ocorreu com as mercadorias dos códigos 002832, 005682 e 010057.

No tocante às peças que saíram com o código de outra mercadoria, a autuante diz que nada tem a dizer, haja vista que os “produtos” são lançados nos códigos que constam nos arquivos magnéticos e não supondo que tenham sido lançados erroneamente em outros códigos.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito a falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” *[sic]*, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2010), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis.

O autuado pede a nulidade do Auto de Infração alegando que as mercadorias objeto do levantamento quantitativo têm referências iguais e várias funções, como escala de temperatura, pressão, com rosca, sem rosca, modalidade das roscas 1/2, 1/3, 3/4, com dimensões ou diferenças pequenas, voltagem, alimentação, amperagem, de modo que, apesar desses detalhes, indicados em códigos diferentes para a mesma mercadoria, não há alterações de código principal, mas sim diferença de tamanho, cor, etc., mas sua natureza, objeto e utilização se mantêm os mesmos.

No mérito, volta a insistir nesse aspecto, alegando que as diferenças levantadas se referem à complexidade das mercadorias no tocante a diferenças de cor, tamanho, espessura, rosca, alimentação, unidade ou caixa, mas de mesma natureza.

Em face do tipo de mercadorias comercializadas pelo autuado, considero razoável a alegação da defesa. Mercadorias similares dão ensejo a erros na especificação do inventário, na identificação por ocasião das entradas e na identificação por ocasião das saídas. Erro não constitui fato gerador de tributo.

Justamente prevendo isso, o inciso III do art. 3º da Portaria nº 445/98 recomenda que em casos dessa ordem se proceda ao levantamento quantitativo por gênero, e não por espécie.

Examinando-se a listagem às fls. 128-129, nota-se que existe uma variedade considerável de paquímetros, multímetros, micrômetros, termostatos, alicates, temporizadores, controladores de temperatura, termômetros, etc. Destaco alguns tipos:

- a) Multímetro Dig ET-1002 Minipa;
- b) Multímetro Dig ET-1110 Minipa;
- c) Multímetro Fluke-2811;
- d) Multímetro Dig Fluke-114;
- e) Multímetro Dig Fluke-116;
- f) Multímetro Dig MD-6111 Icel;
- g) Multímetro Dig Fluke-179;
- h) Multímetro Dig ET-2095 Minipa;
- i) Multímetro Dig Ik-1000 Icel;
- j) Alicate Amp Dig ET-3810 Minipa;
- k) Alicate Amp Anl ET-3001 Minipa;
- l) Alicate Amp Dig ET-3910 Minipa;
- m) Alicate Amp Dig ET-3166 Minipa;
- n) Alicate Amp Fluke 336;
- o) Alicate Amp Dig ET-3357 Minipa;
- p) Alicate Amp Dig AD-9901 A Icel;
- q) Alicate Amp Fluke -335;
- r) Alicate Amp Fluke 337;
- s) Alicate Amp ET-388 Digital M/Minipa;
- t) Alicate Amp Dig ET-3960 Minipa;
- u) Temporizador Coel AE 15 Seg 220VCA;

- v) Temporizador Coel AE 6 min 220VCA;
- w) Temporizador Coel AE 30 min 220VCA;
- x) Contr Temp Coel HM-J 300° 110/220 VCA;
- y) Contr Temperatura I N-V-5807 Inova;
- z) Contr Temp Full Gange TIC-17RGII 127/220 VCA;
- z1) Contr Temp IMV-32101 Marca Inova;
- z2) Contr Temp IMV-9606 80/250V Inova;
- z3) Term Clínico Ref. 5836.03.912 c/logo Bagarel;
- z4) Term Clínico Ref. 5836.03.912 c/logo Itec;
- z5) Term Clínico Ref. 5836.03.912 c/logo COML Abrantes.

Observe-se que existem especificações diversas relativamente a mercadorias da mesma marca, variando quanto a certas características peculiares a cada tipo, bem como especificações de mercadorias similares, porém de fabricantes diferentes.

Diante da diversidade de itens semelhantes, é natural que haja eventuais “trocas” ou equívocos na classificação, implicando a identificação de uma mercadoria em lugar de outra. Se uma mercadoria dessas for classificada no inventário, na entrada ou na saída como com um código equivocado, esse erro implicará duas diferenças, uma para mais num item, e outra para menos no outro item. Foi justamente isso o que ocorreu no presente caso. Esse erro não acarretaria diferença quantitativa se as mercadorias fossem agrupadas por gênero, conforme recomenda a Portaria nº 445/98, no art. 3º, III.

O ideal – a regra geral – é que o levantamento quantitativo seja feito por espécie, sem agrupamento, em virtude da questão do preço médio. Porém, em situações especiais, é preciso adotar-se um critério justo, de modo a não se denunciar infração onde não existe infração.

Em suma, em face de itens semelhantes como esses, é razoável que o levantamento quantitativo seja feito por gênero, e não por espécies.

A Portaria nº 445/98 recomenda certas precauções a serem tomadas pelo auditor na realização de levantamento quantitativo de estoque. O art. 3º da aludida portaria recomenda:

“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.*” (grifei)

Destaco o inciso III. Esse inciso contempla três situações, estando estas conectadas pela conjunção alternativa “ou”. Isso significa que basta o atendimento de uma delas.

Também destaco o verbo *deve-se*. A portaria não prevê que o agrupamento “pode” ser feito – a portaria prevê que o agrupamento “deve” ser feito.

Diante da orientação dada pelo dispositivo supracitado, concluo que o critério a ser seguido pelo auditor não pode ser único, para todos os casos, seja qual for o ramo de atividade. O critério adotado no levantamento fiscal precisa ser consentâneo com a situação de cada estabelecimento. Em

situações como esta, ou o levantamento fiscal é feito pelo gênero, abrangendo os vários tipos ou espécies de mercadorias da mesma natureza, ou então se aplica outro roteiro de auditoria.

Considero caracterizado um caso típico de incerteza quanto ao fato, e por conseguinte quanto a eventuais valores porventura devidos.

É nulo, portanto, o lançamento, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF. A repartição examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte sanar alguma irregularidade porventura existente, mesmo mediante denúncia espontânea, antes de nova ação fiscal, exime-se de sanções.

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 **180642.0009/12-0**, lavrado contra **BAGAREL COMÉRCIO DE INSTRUMENTOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR