

A. I. N° - 113793.0010/04-4  
AUTUADO - ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA.  
AUTUANTE - CORIOLANO ALMEIDA CERQUEIRA  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 18.03.05

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

**ACÓRDÃO JJF N° 0056-02/05**

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. O lançamento foi realizado em desacordo com as normas que regem a matéria. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2004 exige ICMS de R\$ 532.512,67, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. ICMS de R\$ 371.979,55. Multa de 60%.
2. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS de R\$ 1.204,01 e multa de 70%.
3. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. ICMS de R\$ 45.422,75 e multa de 70%.
4. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício aberto. ICMS de R\$ 113.906,36 e multa de 60%.

O autuado, através de advogado, impugna o lançamento, fls. 760/766, com base nos seguintes argumentos:

Inicialmente aduz que o autuante, não obstante o zelo no cumprimento da fiscalização, está exigindo o ICMS relativo às omissões de entradas e de saídas de mercadorias, prática vedada pela Portaria 445/98, devendo ser exigido o ICMS apenas em relação à quantia de maior valor monetário.

Outro equívoco foi o de utilizar, mês a mês, os valores das mercadorias supostamente omitidas de registros (na entrada e na saída), como se este pudesse ser, realmente o preço médio, a que se refere a legislação, o que não é possível. Afinal, a determinação do preço médio, para as omissões de saídas, deve ser feita em função do preço médio das operações de saídas praticado no último mês

em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado. O mesmo ocorreu com as entradas, que para apuração da base de cálculo deve ser levado em conta o preço médio das compras, efetuados no último mês de aquisição.

Assim, ficou constatado não só a cobrança a maior e indevida de ICMS como a insegurança do método utilizado para determinação da base de cálculo. Não obstante isso, analisando o próprio levantamento quantitativo vê-se que foi equivocado, o que acabou por comprometê-lo, por inteiro.

A título de exemplo, charque e farinha de trigo estão no regime de substituição tributária e o autuante cobrou a suposta omissão de saídas, quando o autuado encontra-se na posição de substituído. Como é cediço, na substituição tributária, o substituto recolhe o valor da exação por todas as fases posteriores de tributação (substituição “para frente”) ou por todas as fases anteriores de tributação (substituição “para trás”).

Pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 770/773, com o seguinte teor:

A empresa foi autuada em razão de ter sido detectado omissões de entradas do exercício de 2002, no valor de R\$ 757,35, exercício de 2003, no valor de R\$ 371.222,20 e no exercício de 2004, de R\$ 113.906,36, referentes a mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária ou antecipação tributária, e R\$ 1.204,01 e R\$ 45.422,75 correspondente às saídas de mercadorias submetidas ao regime de tributação normal, sem a emissão do documento fiscal devido em tempo hábil, nos exercícios de 2003 e de 2004, respectivamente.

Ressalta que o defensor equivocadamente gravou na fl. 763, da peça de defesa, o valor total de R\$ 771.979,55 quando quis se referir ao somatório das entradas do exercício de 2002/2003, tendo em vista que o valor correto seria R\$ 371.979,55.

Esclarece que a autuação se deu em decorrência da apuração da omissão do registro de entradas de mercadorias enquadradas no regime de Antecipação Tributária ou substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques fechados nos exercícios de 2002 e 2003 e aberto no exercício de 2004.

Considera que as omissões de saídas relativas às infrações 02 e 03 referem-se a mercadorias constantes do regime normal de apuração do ICMS. No exercício de 2003, o valor de R\$ 1.060,80 refere-se a bebida láctea e R\$ 143,21 refere-se a Chocomil ambos com NBM/SH, não relacionadas no inciso II do art. 353 o RICMS/97. O mesmo ocorreu no exercício de 2004. A quantia de R\$ 9.679,95 refere-se a arroz, R\$ 31,88 a bebida láctea, R\$ 1.806,84 a leite, e R\$ 33.904,08 a óleo alimentício, totalizando R\$ 45.422,75.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual foi apurado omissão no pagamento de ICMS, através da Auditoria de Estoques, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004 (até 20/08/2004).

Verifico que está sendo exigido o ICMS relativo às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nas infrações 1 e 4, com base na falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, e de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo

calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal.

Contudo, o imposto ora exigido não encontra respaldo na legislação aplicável à espécie, pois, constatando-se, por meio de levantamento quantitativo de estoques, a falta de registro, na escrituração, de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ocorridas em seu estabelecimento (como é o caso dos autos), deve-se exigir o imposto, consoante as disposições contidas na Portaria nº 445/98.

Infrações anuladas.

Outrossim, entendo que restou prejudicado o lançamento efetuado nos itens 02 e 03, que exige o ICMS no exercício de 2003, e no período de 01 de janeiro a 20 de agosto de 2004, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, devendo ser declarada a sua nulidade, para que o Auto de Infração possa ser refeito, com base na Portaria 445/98, atentando-se para o art. 13 da mesma.

Sendo assim, não há base legal para a existência deste Auto de Infração, razão pela qual considero que deve ser declarada a sua nulidade, haja vista que os equívocos cometidos neste PAF não são passíveis de retificação.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, representando à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que proceda à renovação do procedimento fiscal, a salvo de equívocos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **113793.0010/04-4**, lavrado contra **ÁGAPE DISTRIBUIDORA DE ESTIVAS LTDA**, devendo ser renovado o procedimento fiscal, a salvo de equívocos.

Esta Junta recorre de ofício 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 CONSEF, 01 de março de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR