

**A. I. N°** - 298921.0005/07-6  
**AUTUADO** - P. K. K. CALÇADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ARI SILVA COSTA  
**ORIGEM** - INFAZ/VAREJO  
**INTERNET** - 02.04.2009

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0013-05/09**

**EMENTA:** ICMS. 1. NULIDADE. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE ENTRADAS. MERCAORIAS ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INOBSERVÂNCIA DA PORTARIA 445/98. Constatando-se, em exercício fechado, diferença de entradas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, de acordo com o artigo 10 da Portaria 445/98, a fiscalização deve exigir o pagamento do ICMS mediante duas infrações. A primeira relativa ao do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, sendo a base de cálculo o preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado, com multa de 70%. A segunda infração, decorre do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60%. O autuante exigiu o pagamento mediante uma única infração, calculando a base de cálculo pelo preço de saída agregando MVA. O levantamento quantitativo de estoque não pode ser feito como o fisco considera melhor, mas como a legislação determina, em especial a Portaria 445/98. Infração nula, com recomendação para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração reconhecida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. Infração reconhecida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de reclama ICMS no valor de R\$186.128,91, decorrente de:

1. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$ 184.799,34, 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 documento fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadorias sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado.
2. Falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, no valor de R\$ 91,99, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.
3. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 1.013,10, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento.
4. Multa de 1%, no valor de R\$ 84,48, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.
5. Multa no valor de R\$ 140,00, pela escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS em desacordo com as normas regulamentares.

O autuado mediante advogado, à folha 210 a 217, impugnou o lançamento tributário inicialmente transcrevendo as infrações, passando em seguida a suscitar nulidade em relação a infração 01, por entender que infringiu ao disposto no artigo 18, inciso, II e IV, alínea “a” do RPAF/99, os quais transcreveu.

Argumenta que o lançamento de ofício não apresenta elementos que possam indicar, com segurança, a infração e, conseqüentemente, não oferece eficácia em relação à apuração da base de cálculo, prejudicando o direito consagrado a partir do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal Brasileira, não constando nos demonstrativos a demonstração do preço médio unitário, apresentando preços dissociados da realidade comercial, a título de exemplo, o autuante apontou com preço unitário ao par de calçados os valores de R\$ 24.272,59; R\$ 12.144,44; R\$ 8.193,21; R\$ 8.099,75; R\$ 3.531,00 e R\$ 3.053,51. Além de aplicar o MVA de 35%, o que entende ser incompatível com a omissão de entrada, o que provocaria “bis in idem”, na medida em que o RICMS fixa método próprio para a apuração da base de cálculo na hipótese de omissão de entradas (omissão de receita), em cujo valor, presume-se legalmente, já encontrar a devida margem de lucro, conforme artigo 60, inciso II, alínea “b” do RICMS.

Requer a defesa, transcrevendo trecho dos Acórdãos do CONSEF em situações semelhantes, de N°s JF 2204-04/01, CJF 0031-12/03, CJF 0391-11/02, JF 0325-03/02, CJF 0033-12/05, CJF 0022-12/02 e CJF 0346-12/05, que a infração 01 seja julgada nula, com a opção do CONSEF pela aplicação do disposto no art. 155, Parágrafo único, do RPAF, que prevê que quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

No mérito, diz que reconhece as infrações 02, 03, 04 e 05.

No que tange a infração 01, assevera ser flagrante a inconsistência do lançamento correspondente aos exercícios de 2005 e 2006, devido os erros já apontados na preliminar, pertinente à apuração dos preços médios unitários e a inclusão da MVA na base de cálculo.

Requer a revisão por fiscal estranho ao feito, ante os valores unitários indicado pelo autuante, que atribuem a um par de calçado até R\$ 24.272,59.

Salienta, ainda, que estando as diferenças quantitativas corretas, a correção dos preços médios unitários levantados com flagrante e exacerbada majoração e a exclusão da MVA, acarreta a redução do ICMS da infração 01 para R\$ 11.090,60, exercício de 2006 e R\$ 22.616,50 exercício de 2005, os quais foram parcelados, conforme extrato foi 235.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência da infração 01.

Às folhas 231 a 233 o autuante contesta os argumentos defensivos, em relação a infração 01, destacando que o demonstrativo apresentado pelo contribuinte (folhas 218 e 219), está sem a MVA e que os preços foram retirados das notas fiscais de entrada, quando deveria ser os constante nos cupons de fiscais das saídas.

Ressalta que intimou o autuado a regularizar os arquivos magnéticos, depois, em 14/09/2007, intimou para apresentação de elementos para regularização, em particular, dos 02 levantamentos de estoques (2002 e 2003). Colocou no corpo da infração que foram baseados nos arquivos magnéticos já corrigidos. Observa que lavrou o Auto de Infração em 28/09/2007, 14 dias após. No citado dia 14/09/2007, explicou todos os demonstrativos e inconsistências verificadas ao contribuinte, inclusive que trabalhou com todas as mercadorias substituídas. Nas omissões de entradas, o cálculo do Preço Médio foi realizado pelos cupons fiscais, pois estão presentes nas saídas e que para solucionar bastava apenas o contribuinte apresentar os cupons fiscais dos poucos itens discrepantes para retificação, solução bastante simples, porém o contribuinte não realizou.

Destaca que em relação ao exercício de 2005 não existe qualquer impugnação defensiva em relação ao preço médio apurado pela fiscalização.

Em relação a aplicação da MVA nas omissões de entradas, frisa que a defesa desconhece esta parte da legislação do ICMS, uma vez que toda as mercadorias escolhidas estão na Substituição Tributária e se houve omissões de entradas nos levantamentos de estoques, conclui que estas mercadorias não pertenciam ao estoque declarado pela autuado, portanto, não sofreram o devido tratamento tributário (ST) que inclui o MVA (35%) no cálculo da sua base de cálculo.

Reitera que, o demonstrativo do autuado não deve ser acatado, uma vez que foi baseado nas notas fiscais de entradas e não nos cupons de saídas

Diz que os Acórdãos são ineficazes de elidir a autuação e que não houve cerceamento do direito de defesa, pois todos os prazos foram cumpridos.

Em relação ao mérito, diz que além do que já explicou anterior concorda com o contribuinte em relação a realização de diligência pela ASTEC.

Salienta que o contribuinte reconheceu parcialmente a infração.

Ao final, opina pela manutenção da infração.

À folha 235 foi acostado aos autos extrato de parcelamento do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, constando o parcelamento no valor histórico de R\$ 34.896,67.

O PAF foi convertido em diligência à ASTEC para confrontar os preços unitários consignados nos demonstrativos do autuante com o elaborado pela defesa e com os documentos fiscais, assim como, informasse se o autuante ao apurar a base de cálculo observou as orientações da Portaria nº 445/98 e se necessário elaborasse no demonstrativo de débito. Entretanto, a ASTEC devolveu o PAF para que fosse realizada a diligência pela INFAZ/VAREJO.

Novamente o PAF foi convertido em diligência para que fosse acostado aos autos o Demonstrativo de Cálculo do Preço Médio Unitário, sendo entregue uma cópia ao sujeito

passivo com reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, o que foi atendido às folhas 242 a 252.

Após a reabertura do prazo de defesa, em nova manifestação defensiva às folhas 254/257, o autuado ao tempo em que reitera todos os termos de sua defesa, observa que os vícios indicados na inicial estão claros, em primeiro lugar, nos demonstrativos sintéticos da autuação, que demonstram a manipulação dos “preços médios unitários das mercadorias”, seja através de inclusão ilegal de MVA sobre valores levantados em auditoria de estoques, seja pelo super-valorização dos preços de calçados, atribuindo-se aos mesmos, para fins de cálculos dos montantes das supostas omissões, importâncias absurdas e irreais. Observa-se nos demonstrativos de fls. 244 a 249, os seguintes “preços médios unitários”:

- mercadoria código D1525021 – Calçado Fem. Via Marte – R\$ 3.053,51;
- mercadoria código D1649048 – Calçado Fem. Atanado Sintético – R\$ 8.103,21;
- mercadoria código D2004 – Babuch Fem. Napa Sintética – R\$ 24.272,59;
- mercadoria código D2040097 – Tamanco Fem. Tipo Birk Sola PVC – R\$ 8.099,75;
- mercadoria código D3600023 – Calçado Fem. Dijean – R\$ 24.272,59;
- mercadoria código D3680025 – Tênis Rainha – R\$ 3.531,00;
- mercadoria código D72007 – Tênis Infantil Jogging - R\$ 12.144,44.

Destaca que sobre os valores acima, como aconteceu em relação a todos os produtos envolvidos na apuração, ainda foi agregada MVA de 35%, elevando-os, relativamente e “UNIDADES” de calçados, a preços até mesmo de veículos novos (até R\$ 32.767,99). Somente para exemplificar o quanto consta dos demonstrativos sintéticos da apuração, o produto “Calçado Fem. Dijean” teve o preço médio de R\$ 24.272,59. Como a suposta omissão foi de 44 unidades, a base de cálculo seria de R\$ 1.067.994,07. Sobre este valor ainda foi aplicada MVA de 35%, o que elevou a base tributável para R\$ 1.441.792,00, sobre a qual foi aplicada a alíquota de 17% e houve “dedução do ICMS normal”, encontrando-se, sobre a omissão de entradas de 44 unidades de calçados R\$ 63.454,65 de ICMS. Significa dizer que 44 “unidades” de calçado feminino valem, só de imposto, o mesmo que um carro novo de luxo, denota-se de forma cristalina a ineficácia da exigência, rogando a autuada, novamente, pela aplicação do disposto no art. 155, § único, do RPAF, que assim prevê: Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Aduz que a base de cálculo, elemento essencial do ICMS, conta com proteções na legislação, em especial com o princípio da reserva legal. Analisando autuações igualmente viciadas o CONSEF, ao longo dos anos, vem impedindo a criação de passivos decorrentes da sucumbência, em detrimento do Estado.

Prosseguindo transcreve trechos de algumas decisões emanadas do CONSEF:

*“Resolução 3766/98 – 4ª Câmara - EMENTA-ICMS- OMISSÃO DE SAÍDAS. Apesar de ter sido a acusação ligada ao levantamento quantitativo, a base de cálculo foi apurada de forma insugura, com aplicação indevida de TVA e não observância de redução de base de cálculo. Auto NULO. Decisão unânime. Rel. HILTON BATISTA NUNES. D. O .E. 06/10/98 .”*

*“RELATOR(A): CONS. OSWALDO IGNÁCIO AMADOR*

*Auto de Infração - 779396006*

*Recurso - Recurso Voluntário*

*Recorrente – GUJÃO ALIMENTOS LTDA.*

*Recorrido - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL*

*Autuante(s) – WINSTON PACHECO*

*ACORDÃO CJFNº 0007-11/07*

*ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INFRIGÊNCIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.”*

*“RELATOR(A): CONS. TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO*

*Auto de Infração - 932519008*

*Recurso - Defesa*

*Autuado(a) - INDUSTRIA E COMERCIO DE MASSAS E BISCOITO IKARO LTDA*

*Autuante(s) - ALBA MAGALHAES DAVID*

*ACORDÃO JJFNº 0390-04/06*

*ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Conforme Súmula nº 01 do CONSEF, é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Não restou comprovada a origem dos preços utilizados para o cálculo da exigência fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”*

*“RELATOR(A): CONS. IVONE DE OLIVEIRA MARTINS*

*Auto de Infração - 2695680002990*

*Recurso – REPRESENTAÇÃO PROFUZ AO CONSEF*

*Recorrente – FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL*

*Recorrido – DETEN QUÍMICA S/A*

*Autuante(s) – JORGE LUIZ VIRGENS GONZAGA*

*ACORDÃO CJFNº 0013-11/04*

*ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DO DÉBITO. Representação de acordo com o art. 119, II da Lei nº 3956/81 (COTEB), alterado pelas Leis nº 7438/99 e 8534/02, propondo a exclusão de parte do débito referente à infração 1 em razão de haver ocorrido equívocos na execução do levantamento quantitativo de estoques.. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.”*

Reitera o protesto pela nulidade da infração 01, ressalvada a possibilidade de aplicação do art. 155, § único, do RPAF.

No tocante ao mérito, novamente pede a adoção do disposto no art. 155, § único, do RPAF, tendo sido acatados os itens 02, 03, 04 e 05, resta flagrante a inconsistência do item 01, correspondente aos exercícios de 2005 e 2006, devido aos erros já apontados acima e na defesa pertinentes à apuração dos preços médios unitários e a inclusão da MVA na base de cálculo.

Em relação a infração 01, aduz que para a correta mensuração dos valores unitários, ou seja, da base de cálculo, ratifica o pleito de revisão por fiscal estranho ao feito, com o que, segundo traduzido pela JJF às fls. 241, inclusive, concordou o Autuante. Aliás, o pedido ora ratificado constitui extrema cautela da defesa. O mais apropriado, diante da inércia do Autuante, por medida de economia processual e diante dos fatos alarmantes que se encontram postos em discussão, é a imediata exclusão, pelo menos, dos produtos acima apontados, assim como a dedução, nos demais produtos, da MVA.

Ao final, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão por fiscal estranho ao feito e pela nulidade ou improcedência dos itens contestados do Auto de Infração.

Em nova informação fiscal, folhas 260 a 262, o autuante frisa que pela 3ª vez se manifesta no sentido de confirmar os fatos constantes da autuação, apresenta mais uma vez a cronologia dos fatos:

- 1- o contribuinte foi intimado a corrigir seus arquivos no trimestre anterior, 30/05/2007, Intimação e listagem diagnóstica às folhas 133 a 207;
- 2- no dia 29/06/2007, constatou que não houve diferenças ente o registro 50 e 54. Portanto, se houve manipulação nos arquivos magnéticos foi realizada pelo contribuinte e não pela fiscalização;
- 3- a intimação para início da fiscalização foi no dia 06/07/2007 e a arrecadação foi no dia 12/07/2007;
- 4- no dia 14/09/2007, intimou o contribuinte a apresentar elementos que elidissem irregularidades em seus demonstrativos;
- 5- a ciência do Auto de Infração foi dia 02/10/2007;
- 6- em 11/07/2008 o contribuinte recebeu cópia do preço médio de saída, folha 251;
- 7- que na 2ª informação fiscal apresentou os demonstrativo do preço médio de entradas, saídas e inventário, folhas 243 a 250.

Reitera que bastava o contribuinte apresentar cópias dos cupons fiscais para comprovar os preços médios, porém, após várias intimações e 03 informações fiscais, não apresentaram quaisquer cópias dos cupons fiscais inerentes aos fatos, folha 254.

Em relação a MVA aduz que é totalmente descabida as alegações da defesa, uma vez que em qualquer omissão de saídas de estoques de mercadorias (fato gerador do ICMS) há a inclusão da MVA inerente à mercadoria.

Reitera que mais uma vez o contribuinte será intimado para apresentar os devidos documentos fiscais que até o momento não o fez, frisando que a inércia não é sua.

Às folhas 263 a 264 consta “3ª Intimação” para o contribuinte apresentar livros e documentos fiscais, os quais indicou, referente as mercadorias cujo os preço unitário foram questionado pela defesa.

Às folhas 272 a 275, em nova manifestação defensiva o autuado repete os argumentos da manifestação anterior, acrescentado que:

*“Com o devido respeito ao digno Autuante, parece insano admitir que “calçados populares” possam custar até quase R\$ 25.000,00, a unidade. Em anexo, apenas para que se tenha uma idéia do custo das mercadorias, seguem notas fiscais de entradas por transferência, às quais apresentam valores variados, até R\$ 66,00.”*

Em nova informação fiscal, folhas 300, o autuado aduz que os argumentos defensivos já foram “totalmente respondidos na 1ª Informação Fiscal (folhas 231 a 233)”. Acrescenta que o sujeito passivo não atendeu sua 3ª Intimação, que no lugar de apresentar os cupons fiscais, apresentou notas fiscais que não comprovam nada, tornando-se difícil alterar seus demonstrativos sem quaisquer documentos fiscais inerente ao PAF.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de 05 (cinco) infrações.

As infrações 02, 03, 04 e 05 foram reconhecidas pelo autuado, não existindo lide em relação as mesmas, razão pela qual entendo que restaram caracterizada, ademais, o autuado parcelou os valores autuados, conforme extrato à folha 235 dos autos.

Ressalto, outrossim, que o autuante incorreu em equívoco, ao indicar na infração 05 o dispositivo da multa aplicada como sendo o inciso II, alínea “d” quando o correto é o inciso XVIII, alínea “b”, no mesmo art. 42, e mesma da Lei nº 7014/96, pelo que fica retificada o inciso e a alínea indicado, não havendo nenhuma alteração de valor, uma vez que o mesmo foi corretamente indicado.

Assim, no presente caso a lide persiste em relação à infração 01.

Na infração 01 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, 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 documento fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadorias sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados de 2005 e 2006.

Em sua defesa o sujeito passivo requereu a nulidade da infração por entender que infringiu ao disposto no artigo 18, inciso, II e IV, alínea “a” do RPAF/99, argumenta que o lançamento de ofício não apresenta elementos que possam indicar, com segurança, a infração e, conseqüentemente, não oferece eficácia em relação à apuração da base de cálculo, prejudicando o direito consagrado a partir do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal Brasileira, não constando nos demonstrativos a demonstração do preço médio unitário, apresentando preços dissociados da realidade comercial, a título de exemplo, o autuante apontou com preço unitário ao par de calçados os valores de R\$ 24.272,59; R\$ 12.144,44; R\$ 8.193,21; R\$ 8.099,75; R\$ 3.531,00 e R\$ 3.053,51. Além de aplicar o MVA de 35%, o que entende ser incompatível com a omissão de entrada, o que provocaria “bis in idem”, na medida em que o RICMS fixa método próprio para a apuração da base de cálculo na hipótese de omissão de entradas (omissão de receita), em cujo valor, presume-se legalmente, já encontrar a devida margem de lucro, conforme artigo 60, inciso II, alínea “b” do RICMS. Transcrevendo trecho dos Acórdãos do CONSEF em situações semelhantes, de Nºs JJF 2204-04/01, CJF 0031-12/03, CJF 0391-11/02, JJF 0325-03/02, CJF 0033-12/05, CJF 0022-12/02 e CJF 0346-12/05, que o a infração 01 seja julgada Nula, com a opção do CONSEF pela aplicação do disposto no art. 155, Parágrafo único, do RPAF, que prevê que quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgador não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

O contribuinte tem total razão em questionar a base de cálculo constante da infração 01, uma vez que não é razoável admitir que um par de calçado popular custe até R\$ 24.272,59.

O PAF foi convertido em diligência para solucionar essa questão, porém, o autuante manteve sua posição em relação os preços unitários, onde atribui a um par de calçado os valores de R\$ 24.272,59; R\$ 12.144,44; R\$ 8.193,21; R\$ 8.099,75; R\$ 3.531,00 e R\$ 3.053,51, argumentando que foram obtidos nos arquivos eletrônicos, o que em meu entendimento não permite aceitar que uma par de calçado custe até R\$ 24.272,59. Por outro lado, apesar da diligência, o autuante não acostou aos autos o demonstrativo de preço médio para o exercício de 2005.

Apesar das diligências anteriores não terem solucionado essa inconsistência da base de cálculo apurada pela fiscalização, poderíamos tentar, mais uma vez, corrigir a mesma mediante uma nova diligência. Entretanto, durante a sustentação oral, o advogado do sujeito passivo, argüiu uma nova nulidade, não ter a fiscalização observado a Portaria 445/98.

Mais uma vez concordo com o contribuinte, pois a Portaria 445/98, ao dispor sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, na Seção III, ao tratar das omissões de entradas de mercadorias, no artigo 10 estabelece que no caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento, na forma abaixo transcrita:

*“a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:*

*1 - a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (art. 60, II, “b”);*

*2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);*

*b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”);”*

Assim, ao realizar a auditoria de estoque relativa a calçados, mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, a fiscalização deve exigir o pagamento do ICMS mediante duas infrações. A primeira relativa ao do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, sendo a base de cálculo o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado, com multa de 70%. A segunda infração, decorre do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60%.

Ocorre que a fiscalização não atendeu a terminação contida do artigo 10 da Portaria 445/98. O autuante aplicou o roteiro de autoria de estoque em exercício fechado e apurou omissão de entrada de mercadorias, enquadrada no regime de substituição tributária, tendo exigido o pagamento do ICMS mediante uma única infração, utilizando para apuração da base de cálculo o preço de saída com aplicação da MVA, procedimento não previsto na referida portaria.

O pedido da defesa para que seja aplicado o disposto no artigo 155, Parágrafo único, não pode ser acolhido, uma vez que o autuante apurou a existência de diferença na auditoria de estoque, a qual não foi questionada pela defesa, esta apenas questionou o procedimento relativo a apuração da base de cálculo e o procedimento previsto na Portaria 455/98.

Logo, por tudo acima exposto entendo que deve ser acolhida a arguição nulidade da infração 01, por inobservância do devido processo legal, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salva das falhas acima pontadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$1.329,57, conforme demonstrativo a seguir, homologando-se os valores efetivamente recolhido.

| INFRAÇÕES | JULGAMENTO | VALOR DEVIDO |
|-----------|------------|--------------|
| 1         | NULO       | 0,00         |
| 2         | PROCEDENTE | 91,99        |
| 3         | PROCEDENTE | 1.013,10     |
| 4         | PROCEDENTE | 84,48        |
| 5         | PROCEDENTE | 140,00       |
| TOTAL     |            | 1.329,57     |



## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298921.0005/07-6**, lavrado contra **P. K. K. CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.105,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, , “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$224,48**, previstas nos incisos XI e XVIII, “b” do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios, conforme prevista na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

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 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA