

A. I. Nº - 118973.0005/06-6
AUTUADO - ÂDI CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - THILDO DOS SANTOS GAMA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0335-01/09

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. a) LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. Faltam nos autos elementos capazes de configurar a infração 01, imputada ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos. Impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios assinalados. **Infração nula. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CALÇADOS. AJUSTE NO ESTOQUE. MUDANÇA DE REGIME DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.** A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação da infração 02 diz respeito à falta de recolhimento por antecipação tributária do ICMS relativo ao ajuste de estoque de calçados, conforme o Decreto n. 8.413/02 alterado pelo Decreto n. 8.457/03, enquanto a matéria fática se refere à falta de recolhimento e/ou recolhimento a menos do imposto devido por antecipação mensalmente, sendo, portanto, a autuação feita de modo equivocado, impossibilitando o prosseguimento da lide por implicar em mudança do fulcro da imputação, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. **Infração nula. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. 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 em lide, lavrado em 30/06/2006, exige ICMS no valor de R\$ 286.667,90, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 5.133,90, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Falta de recolhimento relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais, e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 55.979,52, acrescido da multa de 70%;
2. Deixou de recolher por antecipação tributária o ICMS relativo ao ajuste do estoque de calçados, nos exercícios de 2003 e 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 230.688,38, acrescido da multa de 60%;

3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2001, março a dezembro de 2002, janeiro, fevereiro, abril a julho, setembro a dezembro de 2003, janeiro a junho, agosto a dezembro de 2004, fevereiro a julho de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 5.133,90, correspondente a 1% do valor das mercadorias.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 1543 a 1550, arguindo, preliminarmente, a nulidade da intimação, por ofensa ao disposto no art. 46, do RPAF.

Alega que foi prejudicado no regular exercício da defesa e do contraditório, pois o autuante não forneceu com a intimação do AI, todos os demonstrativos e documentos imprescindíveis ao regular exercício do direito da defesa, tendo inclusive atendido a solicitação da autuada, após a intimação (em 21/07 e 28/07), mesmo assim parcialmente, devendo ser reaberto o prazo de 30 dias, quando os elementos que eventualmente ainda não tenham sido exibidos forem entregues, mediante recibo.

Rechaça o mérito da autuação, dizendo que a partir dos demonstrativos ofertados já se pode afirmar que a autuação é inconsistente.

Reportando-se à infração 01, alega que parte correspondente ao exercício de 2003, o autuante adotou método inadequado e que não comporta a conclusão constante no Auto de Infração de “omissão de saídas”, tendo em vista que a auditoria de estoques, em exercício fechado, foi levada a efeito sem a observância do disposto na IN nº 310/90, na medida em que os estoques inicial e final foram desprezados, tendo a contagem das entradas e das saídas sido considerada apenas a partir de outubro de 2003.

Diz que o trabalho de auditoria relativo a 2003 resta prejudicado, pois não contém os elementos necessários para provar a ocorrência centro da acusação. Aduz que em situações análogas o CONSEF tem firmado posição contrária à manutenção do lançamento, conforme o Acórdão CJF n. 0451-12/02, cuja ementa reproduz.

Quanto ao exercício de 2004, afirma que a auditoria contém vícios e que após o saneamento destes que levou a efeito, não existem as diferenças apontadas na autuação. Acrescenta que o autuante não levou em consideração os estoques, inicial e final, bem como errou na contagem das entradas e saídas de vários itens, como por exemplo, não somou as saídas através de notas fiscais D1.

Salienta que teve o cuidado de refazer toda a auditoria, cujos demonstrativos sintéticos e analíticos que anexa, nos quais inseriu os estoques e corrigiu os erros de contagem nas entradas e saídas, sendo que os elementos utilizados na confecção dos seus trabalhos foram exibidos ao autuante e se encontram à disposição da Fiscalização.

No que concerne ao exercício de 2005, diz que as mesmas falhas foram cometidas na apuração, ou seja, não foram considerados os estoques, inicial e final, bem como muitos erros de contagem nas entradas e saídas foram identificados, como o não somatório das notas D1. Diz que o trabalho de conferência que realizou se encontra espelhado nos anexos demonstrativos analíticos e sintéticos, ficando à disposição da fiscalização os elementos utilizados para efeito da conferência.

Relativamente à infração 02, afirma que o autuante inicia o trabalho incluindo indevidamente na autuação os meses de janeiro e fevereiro de 2003, haja vista que somente com advento do Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, com vigência a partir de 01 de março de 2003 (Alteração 38 ao RICMS/97), os produtos alcançados por este item (calçados) foram incluídos no rol da substituição, conforme item 32 do inciso II do art. 353, do RICMS. Já a antecipação de que trata o Decreto nº 8.967, de 29/12/2004 [29/02/2004], somente pode ser cobrado a partir de 01/03/2004, data em que o mencionado decreto entrou em vigor.

Quanto ao período de março de 2003 a dezembro de 2004, sustenta que a autuação é inteiramente improcedente, tendo em vista que nos demonstrativos sintéticos e analíticos anexados, os quais se fazem acompanhar de cópias das notas fiscais, se constata que o trabalho da fiscalização incidiu nos

seguintes erros : não deduziu as antecipações parciais feitas pela empresa; incluiu nos cálculos da substituição notas fiscais pertinentes a mercadorias sujeitas ao regime normal, bem como notas relativas a retornos de consertos; relacionou em duplicidade um número grande de notas fiscais, como se pode auferir através dos demonstrativos do próprio AI; adotou, no resumo dos pagamentos mensais, para este efeito, os períodos de vencimento das obrigações, desprezando os períodos de apuração; não deduziu os recolhimentos correspondentes aos meses de dezembro de 2003 e dezembro de 2004 (relatório de pagamentos dos exercícios anexos), os quais foram objeto de parcelamento concedido pelo Governo do Estado (vendas de Natal). Assevera que após o exame das conferências acima citadas não persistem as diferenças apontadas no Auto de Infração, conforme demonstrativos e documentos anexados.

No que concerne à infração 03, diz que se tratando de notas fiscais coletadas no CFAMT, a inconsistência da exigência reside na ausência da integralidade das notas no PAF, as quais, por isso mesmo, não foram totalmente apresentadas. Acrescenta que no caso o CONSEF somente admite a imposição da multa contra a existência dos documentos, conforme Acórdãos JFJ n. 0105-01/02, CJF 0153/01, JFJ n. 2096-01/01, os quais reproduz parcialmente.

Prosseguindo, diz que no tocante às Notas Fiscais n.ºs. 269700 e 126786, cujas cópias estão anexadas, foram devidamente lançados no livro Registro de Entradas do estabelecimento, sendo indevida a exigência fiscal. Quanto à Nota Fiscal n.º 005264, alega que diz respeito a documento fiscal de prestação de serviços, não sendo regular a imposição de multa sobre o mesmo.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direitos admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão por fiscal estranho ao feito para conferência das infrações 01 e 02 e dos demonstrativos e documentos carreados com a defesa, colocando à disposição da fiscalização toda a documentação necessária, pedindo que a preliminar seja provida, com a reabertura do prazo de defesa, hipótese em que todos os demonstrativos e documentos até então não obtidos pela empresa devem ser copiados e ofertados mediante recibo (inclusive notas fiscais relativas ao item 03). Se ultrapassada a questão prejudicial acima, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, com base nos argumentos e provas ora juntadas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 2437 a 2445, na qual contesta as alegações defensivas, esclarecendo que o autuado, quando intimado (fl. 08), não se encontrava mais no endereço de funcionamento, apesar de estar na condição de ATIVA no cadastro da SEFAZ, existindo outra empresa no local, não tendo comunicado a Secretaria da Fazenda, inexistindo qualquer pedido de baixa, resultando na dificuldade de se conseguir documentos fiscais/contábeis.

Registra toda dificuldade encontrada para obtenção dos documentos fiscais e diz que todo trabalho foi baseado nos arquivos magnéticos baixados do banco de dados da SEFAZ, através do programa SIVAM.

Reportando-se à infração 01, afirma que todos os documentos e/ou demonstrativos foram entregues e recebidos pelo autuado conforme as declarações de fls. 03, 08, 12, 1017, 1286, 1256, 1395 e 1403.

Salienta que o levantamento de estoque não contemplou o estoque inicial nem o estoque final, em razão de o contribuinte ter sonegado os dados, não fornecendo os livros, nem os arquivos magnéticos. Registra que a consideração dos estoques iniciais zero, beneficia o contribuinte, já que foi constatada omissão de entrada.

Consigna que o método adotado para o levantamento de estoque fechado foi o da própria SEFAZ, isto é, “O SAFA”, segundo diz “considerado o melhor programa contábil-fiscal de todas as Secretarias da Fazenda do Brasil.”

Diz que os argumentos defensivos de existência de vícios e falhas no levantamento fiscal têm o caráter protelatório.

Quanto à infração 02, observa que no Resumo do Demonstrativo do Levantamento Fiscal da Antecipação/Substituição Tributária das entradas, de Notas Fiscais de Compras (art. 352 e 353,

inciso I e II do RICMS) (fl. 127), exercício de 2003, cometeu um equívoco, na coluna “ANTECIPAÇÃO PARCIAL,” que entrou abatendo, quando na realidade não pertence a este demonstrativo por ser somente de “MERCADORIAS FORA DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO/ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA,” passando a ter outro valor do imposto a recolher de R\$ 141.252,04, conforme novo demonstrativo de débito.

Continuando, aduz que relativamente ao Resumo do Demonstrativo do Levantamento Fiscal da Antecipação Tributária das entradas, de Notas Fiscais de Compras (art. 352 e 353, inciso I e II do RICMS) (p.127), exercício de 2004, houve por parte do fiscal autuante um equívoco, na coluna “ANTECIPAÇÃO PARCIAL,” que entrou abatendo, quando na realidade não pertence a este demonstrativo por ser somente “MERCADORIAS FORA DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO/ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA,” passando a ter outro valor do imposto a recolher de R\$ 63.849,62, conforme novo demonstrativo de débito.

Quanto ao Resumo do Demonstrativo de Levantamento Fiscal da Antecipação/Substituição Tributária das entradas, de Notas Fiscais de Compras (art. 352 e 353, inciso I e II do RICMS), (p.139), exercício de 2005, houve por parte do fiscal autuante um equívoco, na coluna “ANTECIPAÇÃO PARCIAL,” por ser somente de “MERCADORIAS FORA DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO/ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA,” passando a ter outro valor do imposto a recolher de R\$ 50.175,85.

Referindo-se à infração 03, diz que relativamente às notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, constantes nos Demonstrativos no Vol. 1 de fls. 40 a 42 exercício de 2003; fls. 58 a 60, exercício de 2004; fls. 69 a 70 exercício de 2005, estão acostadas aos autos no Vol. IV às fls.1404 a 1535.

Finaliza dizendo que todo levantamento deveria ser revisto por Auditor Fiscal estranho ao feito, e que caberia a Secretaria da Fazenda lavrar um Auto de Infração complementar, para as diferenças a maior apontadas nesta contestação. Opina pelo julgamento totalmente procedente ou procedente em parte do Auto de Infração.

Intimado o contribuinte mediante via postal “AR”, e, posteriormente, através do Edital de Intimação n. 118/2006, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia de 14/11/2006(fl. 2450 e 2454, respectivamente), para ciência da informação fiscal este se manifesta as fls. 2460 a 2463, reiterando todos os termos da defesa inicial, bem como observando que há necessidade de revisão do lançamento por fiscal estranho feito, pois as alegações apresentadas não foram contestadas e os documentos e demonstrativos apresentados sequer foram avaliados.

Argumenta que pela simples leitura da informação se verifica que o autuante não assegurou clareza e precisão ao seu trabalho e não abrangeu todos os aspectos da defesa, inclusive em relação aos demonstrativos apresentados, limitando-se a confirmar as acusações de forma insegura e contraditória, pleiteando, ao final, a “improcedência total” ou “parcial” do Auto de Infração, indo de encontro ao artigo 127, §6º, do RPAF/99.

Sustenta que, caso o CONSEF não atenda ao pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, deve ser declarada a nulidade do ato praticado pelo autuante, recomendando-se ao mesmo o cumprimento do preceito regulamentar acima referido.

Reportando-se ao mérito, afirma que a informação fiscal nada possui que possa servir de sustentáculo à manutenção da exigência, registrando quanto à infração 01, cuja defesa inicial reitera, que o autuante confessou não ter contemplado os estoques inicial e final, esquecendo-se, contudo, de investigar a defesa e seus demonstrativos e documentos, no que concerne aos outros erros cometidos no trabalho, no que tange à padronização das mercadorias e nas contagens das entradas e saídas.

Alega que o autuante não analisou qualquer dos elementos e argumentos da defesa, apontando para a necessidade de completa revisão do lançamento, pois somente assim as omissões da informação fiscal serão saneadas e o julgador poderá exercer sua importante função com segurança.

No que concerne à infração 02, reitera as razões defensivas, e diz que a informação é bastante confusa, quando afirma ter havido “equivoco na coluna de ANTECIPAÇÃO PARCIAL, que entrou abatendo, quando na realidade não pertence a este demonstrativo por ser somente de MERCADORIAS FORA DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”. Questiona sobre o que quis dizer o autuante, tendo em vista que a autuação encontra-se centrada em calçados e a título de “falta de recolhimento por antecipação”.

Observa que a defesa mostrou que os calçados entraram no rol das mercadorias sujeitas à substituição tributária em março de 2003 e que a antecipação parcial do ICMS somente veio a ser provada com o advento do Decreto 8.967/2004. Mostrou ainda que a autuação não deduziu as antecipações parciais, que incluiu notas relativas a mercadorias sujeitas ao regime normal e a retornos para consertos, que uma grande quantidade de notas relacionada em duplicidade, que os períodos de vencimento foram confundidos com os períodos de apuração e que pagamentos de parcelamentos não foram computados. Aduz que apresentou farta demonstração de suas alegações, a qual não foi observada e regularmente avaliada. Alega que sem a efetiva análise da defesa e seus anexos, não se pode prosseguir com a lide administrativa, sendo a revisão fiscal o caminho aconselhado e pedido.

Relativamente à infração 03, ratifica a defesa inicial e diz que além da dedução das notas escrituradas, as notas fiscais não foram entregues.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão por fiscal estranho ao feito para conferência dos itens 01 e 02 e dos demonstrativos e documentos carreados com a defesa apresentada, pedindo que a preliminar seja provida devendo ser reaberto o prazo de defesa, hipótese em que todos os demonstrativos e documentos até então não obtidos pela empresa devem ser copiados e ofertados mediante recibo, inclusive notas fiscais relativas à infração 03. Requer que se ultrapassada a questão prejudicial acima referida o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, com base nos argumentos e provas juntadas.

O autuante se pronunciou às fls. 2468/2469, questionando os argumentos defensivos dizendo que “como afirmar que não foram utilizados os saldos iniciais de estoques se tais saldos foram NIHIL? Pela falta de apresentação dos livros de inventário respectivos pelo contribuinte? Pela falta de informações específicas no SINTEGRA (arquivo magnético) onde não constam os saldos de inventário?”

Acrescenta que se o Auto de Infração for julgado nulo, como argúi o autuado, de pronto, será emitida outra Ordem de Serviço, donde o mesmo ou outro Auditor Fiscal fará todo o trabalho, minucioso, criterioso, onde por certo confirmará todas as irregularidades.

Registra que todos os documentos fiscais relativos ao presente processo foram entregues ao autuado, conforme recibos datados e assinados anexados aos autos.

Acrescenta que “por serem objetos de maiores reflexões, as infrações deverão ser examinadas, sob a forma de diligência, e/ou com vistas de um outro fiscal estranho ao feito, que por certo terá maior prazo, aprofundamento, deverá ser criterioso, minucioso, e conseguirá demonstrar que existe a procedência do DÉBITO fiscal, comprovando a veracidade do Auto de Infração.”

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

A 1ª JJF, considerando as alegações defensivas e a contestação do autuante, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ/VAREJO(fl. 2473/2474), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado, confrontasse os elementos apresentados pelo impugnante e o autuante, apontando o valor do imposto devido, com as correções efetuadas, se fosse o caso.

Designado para cumprir a diligência, o autuante se pronunciou às fls. 2475-A/2477, esclarecendo as dificuldades encontradas para desenvolvimento da ação fiscal, em decorrência da ausência das

pessoas responsáveis pela empresa, isto é, o seu sócio-proprietário e a pessoa designada para acompanhar os trabalhos de fiscalização.

Diz o autuante que para não recorrer ao arbitramento da base de cálculo do imposto utilizou os dados disponíveis no sistema da SEFAZ, fornecidos pelo próprio contribuinte, no caso os arquivos magnéticos validados e que jamais saberia que tais arquivos estavam irregulares.

Tece outros comentários sobre o comportamento do contribuinte e pede a manutenção integral dos valores apontados no levantamento de estoque na forma apresentada, assim como, em decorrência dos equívocos no levantamento da antecipação/substituição tributária apontado nos demonstrativos constantes às fls. 1900 a 1903, que esses valores considerados e retificados os valores totais do Auto de Infração.

Conclui dizendo que o contribuinte defendeu e assumiu o seu débito e já que solicita revisão fiscal por estranho ao feito, opina pela procedência da autuação.

Intimado o autuado (fl. 2478) para ciência da informação fiscal e recebimento de cópia das notas fiscais de fls. 1404 a 1535, juntamente com o Demonstrativo das notas fiscais de aquisição não registradas na escrita fiscal coletadas no sistema CFAMT, inclusive, da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, este se manifesta às fls. 2483 a 2485, reiterando todos os termos da defesa e demais pronunciamentos, esclarecendo que renuncia a defesa da infração 03, inclusive que estará providenciando o pagamento da multa de R\$ 5.133,90.

No que concerne às infrações 01 e 02, reitera a necessidade de revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito, sustentando que as alegações apresentadas não foram contestadas e os documentos e demonstrativos apresentados sequer foram avaliados. Acrescenta que a peça produzida pelo autuante vem de encontro ao disposto no art. 127, § 6º, do RPAF, tendo em vista que não replicou todos os aspectos da defesa, inclusive em relação aos demonstrativos apresentados, limitando-se a confirmar as acusações de forma insegura e contraditória pleiteando, ao final, a “procedência total” ou “parcial” do Auto de Infração.

Diz que caso não seja atendido o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, deve ser declarada a nulidade do ato praticado pelo autuante, recomendando-se ao mesmo o cumprimento do preceito regularmente acima referido.

Reportando-se ao mérito da infração 01, cuja defesa reitera, diz que o autuante confessou que não contemplou os estoques, inicial e final, se esquecendo, contudo, de investigar a defesa e seus demonstrativos e documentos, no que concerne aos outros erros cometidos no trabalho, no que tange à padronização das mercadorias e nas contagens das entradas e saídas.

Acrescenta que o autuante não analisou qualquer dos elementos e argumentos da defesa, reiterando que os fundamentos e provas apresentadas com a defesa sejam objeto de efetiva avaliação pela fiscalização, através da revisão já pleiteada.

Quanto à infração 02, reitera as razões da defesa inicial, apresentando inclusive os mesmos questionamentos.

Alega que demonstrou na defesa que os calçados entraram no rol das mercadorias sujeitas a substituição em março de 2003 e que a antecipação parcial do ICMS somente veio a ser aprovada com o advento do Decreto 8.967/2004. Mostrou ainda que a autuação não deduziu as antecipações parciais, que para consertos, que uma grande quantidade de notas foi relacionada em períodos de apuração e que pagamentos de parcelamentos não foram computados. Apresentou farta demonstração de suas alegações, a qual não foi observada e regularmente avaliada. Diz que sem a efetiva análise da defesa e seus anexos, não se pode prosseguir com a lide administrativa, reiterando a realização de revisão fiscal.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direitos admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão por fiscal estranho ao feito para conferência das

infrações 01 e 02 e dos demonstrativos e documentos carreados aos autos, inclusive, se necessário, com a reabertura do prazo de defesa. Requer ainda que, se ultrapassada a questão prejudicial, o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou às fls. 2486 a 2488, esclarecendo que os equívocos que o impugnante alega existirem foram objeto de reexame na 1ª informação fiscal, inclusive, com a alteração do valor do débito, conforme novo demonstrativo de débito anexado aos autos. Quanto à alegação de não consideração dos estoques inicial e final, esclarece que tal fato decorreu do próprio autuado não ter apresentado o livro Registro de Inventário, informado através de arquivo magnético, mesmo quando da impugnação.

Acrescenta que na infração 01 somente foram consideradas as mercadorias tributáveis normalmente. Afirma que os elementos apresentados pelo impugnante não são suficientes para elidir a autuação por não serem idôneos para tal finalidade, sendo mero controle de estoques e não arquivo magnético ou livro Registro de Inventário.

Quanto à infração 02, diz que na revisão efetuada o valor apurado referente ao exercício de 2005, deverá ser objeto de outro Auto de Infração, por não ter sido objeto de ação fiscal neste processo.

Finaliza rogando por justiça e que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A 1ª JJF, considerando a necessidade de esclarecimentos para solução da lide, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 2495/2496), a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para revisar o lançamento referente às infrações 01 e 02, confrontando os documentos e planilhas acostados aos autos pelo autuado com as planilhas e demonstrativos anexados pelo autuante.

Através do Parecer ASTEC N. 80/2008(fl. 2573/2576), o revisor trouxe os esclarecimentos quanto à diligência solicitada, dizendo que o autuado fora intimado em 23/01/2008 para apresentar livros e documentos fiscais acompanhados de demonstrativos, objetivando o cumprimento da diligência (fl. 2498). Em 24/01/2008, solicitou prazo para apresentar os livros fiscais e os demonstrativos solicitados (fl. 2501). Em 27/03/2008, apresentou outra petição acompanhada de demonstrativos e de um CD (fls. 2505/2571).

Salienta que para responder aos questionamentos apresentados na diligência examinou o PAF, constatando que o autuante, em sua informação de fls. 2440, informa que “o levantamento de estoque não contemplou o estoque inicial nem o final, porque a empresa/contribuinte sonegou os dados, não fornecendo os livros nem os arquivos magnéticos”. Quanto à infração 2, o levantamento das Notas Fiscais de compras/entradas, teve origem no arquivo magnético. E “Quanto ao Resumo do Demonstrativo do Levantamento Fiscal da antecipação/Substituição Tributária das entradas de Notas Fiscais de Compras, exercícios de 2003, 2004 e 2005, houve de sua parte (do Fiscal autuante) um equívoco, na coluna ANTECIPAÇÃO PARCIAL” (fl. 2441/2443).

Diz ainda ter constatado pelos documentos acostados ao PAF e pelas declarações do próprio autuante que o levantamento fiscal foi elaborado por meio do Sistema de Auditoria Fiscal Automatizada – SAFA.

Respondendo a solicitação da diligência relativamente à infração 01, afirma ter constatado o seguinte:

“a) no exercício de 2003 – Os estoques inicial e final foram considerados zero nos demonstrativos do levantamento fiscal. Este fato foi reafirmado pelo próprio autuante em sua informação de fls. 2440, quando informa que “o levantamento de estoque não contemplou o estoque inicial nem o final, porque a empresa/contribuinte sonegou os dados, não fornecendo os livros nem os arquivos magnéticos”. O levantamento fiscal abrangeu mais de 1200 (um mil e duzentos) itens de mercadorias no exercício de 2003, e a divergência encontrada serviu de Base de Cálculo para apuração do imposto (fls. 291 a 339).

Diante da intimação de fl. 2498, o autuado pediu prazo para exhibir os livros fiscais (fl. 2501), apresentando-os em 27/03/2008, juntamente com a petição de fl. 2505. O livro Registro de Inventário foi apresentado em dois volumes encadernados com arame espiral referentes aos estoques de 31/12/2003 e 31/12/2004. O primeiro volume contendo 109 folhas e o segundo com 116 folhas (cópias anexas, fls. 2579/2588). Estas listagens das mercadorias inventariadas trazem quantidades de estoques diferentes de zero, mas não trazem assinatura do responsável pela escrituração nem do responsável pelo estabelecimento, além de não apresentarem o estoque inicial de 2003.

Quanto às entradas de mercadorias no exercício de 2003, o levantamento fiscal de fls. 340 a 421, registra entradas desde janeiro até dezembro desse exercício.

b) no exercício de 2004 – Os estoques inicial e final foram considerados zero nos demonstrativos do levantamento fiscal num total de aproximadamente 1600 (um mil e seiscentos) itens de mercadorias (fls. 796 a 858). A contagem de entradas e de saídas foi efetuada pelo SAFA. (604 a 795 e 1018 a 1095). Todavia, a listagem do Inventário apresentada à ASTEC, como já foi mencionado, não contém assinatura do responsável pela escrituração nem do responsável pelo estabelecimento. Também não contém autenticação da Junta Comercial do Estado nem visto de preposto fiscal da SEFAZ. Além disso, não consta no PAF que as informações dessa listagem tenham sido transmitidas eletronicamente para a SEFAZ.

c) no exercício de 2005 – Tal como no exercício de 2004, houve utilização do SAFA para contar as entradas (fls. 1287 a 1342), as saídas (fls. 1098 a 1256) e resumir as operações (fls. 1343 a 1395) de um total de aproximadamente 1400 (um mil e quatrocentos) itens de mercadorias. Quanto ao Registro de Inventário, sobre os requisitos, cabem as informações que foram prestadas para os exercícios de 2003 e 2004. Sobre o seu conteúdo, não há o estoque final de 2005, nem prova alguma de que suas informações tenham sido transmitidas eletronicamente para a SEFAZ, razão pela qual não foi possível fazer a revisão solicitada.”

Relativamente à infração 02, apresenta os seguintes esclarecimentos:

“a) Houve inclusão de mercadorias tributadas pelo regime normal no levantamento fiscal da substituição tributária. De acordo com os documentos de fls. 2038 a 2278, em confronto com os demonstrativos de fls. 74/125, verifica-se que muitas notas fiscais são de mercadorias diferentes de calçados (bolsas, cintos, meias etc.), portanto, mercadorias tributadas pelo regime normal que foram incluídas no levantamento fiscal da substituição tributária. Constata-se, também, que a fiscalização não concedeu o crédito fiscal destacado em muitas notas fiscais relacionadas e anexadas ao PAF;

b) Mercadorias relativas a retornos de consertos (fls. 2242, 2332, 2333 etc) foram incluídas nos Demonstrativos da Substituição Tributária de fls. 74/99;

c) Constata-se numeração de notas fiscais com UF de origem e CNPJ de fornecedores coincidentes, em duplicidade, de acordo com a planilha de fls. 74/99; 2164/2165 e docs. de fls. 2167 a 2229. Entretanto, os meses de janeiro, fevereiro, junho e julho/2003 foram excluídos do levantamento fiscal pelo autuante quando da sua informação fiscal de fl. 2441, mas ainda restaram muitas outras notas fiscais que foram relacionadas em duplicidade.

d) A fiscalização no mês de dezembro de 2004 considerou apenas a quantia de R\$13.704,61 (fl. 127 e 2442), deixando de considerar as parcelas recolhidas em 21/02; 21/03 e 20/04/2005 (fls. 2426) na quantia de R\$41.113,80, cujo total do mês de dezembro de 2004 é de R\$54.818,41.

Acrescenta o diligente revisor que novos Demonstrativos foram elaborados para a infração 02, exercícios de 2003 e 2004, conforme documentos acima mencionados. No exercício de 2003, o débito reclamado foi R\$ 178.606,17 (fl. 02), reduzido pelo autuante em sua revisão para R\$141.252,04 (fl. 2442), e reduzido outra vez nesta diligência para R\$77.594,84 (fl. 2577). No exercício de 2004, o débito reclamado foi R\$52.082,21 (fl. 02), reduzido nesta diligência para R\$545,59. (fl. 2578).

Conclui o diligente relativamente à infração 01, que a fiscalização não considerou os estoques iniciais e finais nos seus demonstrativos que apuraram o montante do débito devido para os

exercícios de 2003, 2004 e 2005. Embora o autuado tenha apresentado demonstrativos sintéticos e analíticos com suas correções, as duas listagens do Registro de Inventário não contêm o estoque inicial de 2003 nem o estoque final de 2005. Também não trazem assinatura do responsável pela escrituração nem do responsável pelo estabelecimento, além de não conterem visto da Junta Comercial do Estado nem de preposto fiscal algum, como também não se verifica que seus dados tenham sido enviados eletronicamente para a SEFAZ.

Quanto à determinação de elaborar novos demonstrativos para esta infração, destaca que foram computados aproximadamente 4200 (quatro mil e duzentos) itens de mercadorias nos três exercícios, com auxílio do SAFA, razão pela qual, diz ser mais apropriado que esta revisão fiscal englobando praticamente todos os itens de mercadorias do estabelecimento seja feita também com o auxílio do SAFA.

No que concerne à infração 02, esclarece ter constatado que houve inclusão de mercadorias tributadas pelo regime normal no levantamento fiscal da substituição tributária; houve inclusão de Notas Fiscais relativas a retornos de consertos; várias Notas Fiscais foram arroladas em duplicidade no demonstrativo de fls. 74/99; e os recolhimentos de ICMS do código 1145 referentes ao mês de dezembro de 2004 efetuados em parcelas mensais nos meses de fevereiro, março e abril de 2005, na quantia de R\$41.113,80 não foram computados pela fiscalização no demonstrativo de fl. 127 e 2442.

Finaliza dizendo que elaborou novos demonstrativos de débito em anexo para a infração 02, ficando o valor do débito desta infração reduzido para R\$78.140,43.

Intimado o contribuinte para ciência do Parecer ASTEC N. 80/2008 este se manifesta às fls. 2600 a 2604, suscitando, em caráter preliminar, a nulidade da intimação que concedeu o prazo de 10 dias para a manifestação, solicitando a sua renovação e a reabertura do prazo de defesa, sob a alegação de que, além da juntada de novos demonstrativos, documentos e, especialmente, fundamentações para a manutenção parcial da autuação, a intimação foi enviada para o endereço residencial da Sra. Maria Elizabete Oliveira Ogando e recebido por pessoa não habilitada pelo RPAF para representar o autuado, em detrimento do advogado regularmente habilitado no PAF, prejudicando consideravelmente a análise dos novos elementos trazidos para fundamentar a autuação.

Assim, sob pena de futura alegação de nulidade de todo o PAF por cerceamento do direito de defesa, pede que seja determinada a reabertura do prazo (30 dias), sendo a intimação encaminhada ao advogado habilitado no processo.

Prosseguindo, diz que por segurança, na improvável hipótese de indeferimento do pleito acima, registra alguns pontos importantes que conseguiu observar na limitado tempo e nas precárias condições que lhe foram concedidas. Em primeiro lugar, a respeitável ASTEC não atendeu inteiramente aos pedidos da JJF, uma vez que não examinou as questões atinentes aos erros de contagem nos levantamentos, assim como não atentou para a falta de somatório das saídas realizadas através de Notas Fiscais de Venda ao Consumidor. A JJF expressamente solicitou o exame destas questões, consoante fls. 2573 itens “b” e “c”.

Registra que a ASTEC não investigou, ainda, contrariando expressa solicitação da JJF às fls. 2573, item “2”, a alegação pertinente a contagem das entradas e saídas, exclusivamente, a partir de outubro de 2003.

Salienta que, apesar de a ASTEC confirmar que os estoques não foram computados nos levantamentos, não levou a efeito o refazimento dos demonstrativos, expressamente determinado às fls. 2573, item “4”, sob a alegação da existência de irregularidades formais nos inventários, faculdade que não lhe foi atribuída pela JJF. Pelo contrário, a JJF determinou que “Após a verificação referida nos itens 02 e 03, deverá o revisor elaborar novos demonstrativos, com as devidas correções, se for o caso.”.

Consigna que a aceitação ou não dos novos números caberia à Junta de Julgamentos e não ao revisor da ASTEC. Contudo, o diligente registrou que “foram computados aproximadamente 4200

(quatro mil e duzentos) itens de mercadorias nos três exercícios, com auxílio do SAFA”, sugerindo, o que deve ser acatado, que a revisão geral seja realizada com o auxílio do mesmo programa.

Acrescenta que, de acordo com a defesa, todos os demonstrativos, sintéticos e analíticos, relativos ao quanto alegado foram juntados ao PAF, destacando que estes não foram impugnados ou contraditados pelo autuante. Observa que tais demonstrativos, inclusive, foram instruídos com cópias dos documentos pertinentes. Assim, se alguma validade for atribuída a infração 01, pede, novamente sob pena de nulidade do PAF por cerceamento do direito de defesa, que a revisão já determinada pela JJF seja efetivada, levando-se em consideração todos os elementos até então não considerados.

Relativamente à infração 02, diz que a ASTEC atestou a veracidade das alegações da defesa, provando que “houve inclusão de mercadorias tributadas pelo regime normal no levantamento fiscal da substituição tributária; houve inclusão de Notas Fiscais relativas a retornos de consertos; várias Notas Fiscais foram arroladas em duplicidade no demonstrativo de fls. 74/99; e os recolhimentos de ICMS do código 1145 referentes ao mês de dezembro de 2004 efetuados em parcelas mensais nos meses de fevereiro, março e abril de 2005, na quantia de R\$ 41.113,80 não foram computados pela fiscalização”.

Contudo, alega que, apesar de todas estas afirmativas, que provam a inconsistência da autuação, a ASTEC apresentou apenas os demonstrativos sintéticos de fls. 2577 e 2578, não atribuindo total segurança aos valores “residuais” apontados no trabalho impugnado. Afirma que desde a sua defesa, conforme itens 09 e 10, alegou e provou através de demonstrativos sintéticos e analíticos que:

“em relação ao período de março de 2003 a dezembro de 2004, a autuação é inteiramente improcedente. Ora, consoante demonstrativos sintéticos e analíticos anexos, os quais se fazem acompanhar de cópias das notas fiscais, o trabalho da fiscalização incidiu nos seguintes erros: não deduziu as antecipações parciais feitas pela empresa; incluiu nos cálculos da substituição notas fiscais pertinentes a mercadorias sujeitas ao regime normal, bem como notas relativas a retornos de consertos; relacionou em duplicidade um número grande de notas fiscais, como se pode auferir através dos demonstrativos do próprio AI; adotou, no resumo dos pagamentos mensais, para este efeito, os períodos de vencimento das obrigações, desprezando os períodos de apuração; não deduziu os recolhimentos correspondentes aos meses de dezembro de 2003 e dezembro de 2004 (relatório de pagamentos dos exercícios anexo), os quais foram objeto de parcelamento concedido pelo Governo do Estado (vendas de Natal). Após o exame das ocorrências acima citadas não persistem as diferenças apontadas no AI, conforme demonstrativos e documentos anexos.”

Continuando, sustenta que limitado pelos vícios na intimação sobre a diligência e pela inexistência de demonstrativos analíticos em contraposição aos produzidos e documentos apresentados pela defesa, somente pode impugnar os valores apontados para o item 02, reafirmando que, de acordo com os elementos que juntou ao PAF, não contestados pelo autuante, nada é devido.

Finaliza dizendo que pede e espera que seja levado a efeito o atendimento completo das determinações da JJF, que seja revisado integralmente o item 01, que, inclusive em atendimento ao disposto no art. 46, do RPAF, sejam apresentados os demonstrativos analíticos relativos ao item 02, que, após todas estas providências, seja renovado prazo de defesa, e que, ao final, os itens contestados sejam julgados improcedentes.

O autuante se pronunciou às fl. 2609, acatando o novo demonstrativo de débito elaborado pelo diligente, mantendo parcialmente a autuação.

A 1ª JJF, considerando que a diligência solicitada a ASTEC/CONSEF, trouxe como resultado os fatos descritos no Parecer ASTEC Nº. 080/2008 (fls.2575/2576), sendo que, o diligente ao se reportar sobre a revisão referente à infração 01, sugeriu que esta fosse feita com o auxílio do SAFA por englobar praticamente todos os itens de mercadorias do estabelecimento, aproximadamente 4200 nos três

exercícios, cujo levantamento também foi efetuado pelo referido sistema, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo em diligência à INFAZ/VAREJO, a fim de que o senhor Inspetor Fazendário determinasse que o autuante ou outro Auditor Fiscal, procedesse a revisão da infração 01, com auxílio do SAFA, conforme sugerido pelo diligente da ASTEC/CONSEF, inclusive, apresentando novo demonstrativo de débito, apontando o valor do imposto devido com as correções efetuadas, se fosse o caso.

O Auditor Fiscal designado para realizar a revisão fiscal se pronunciou à fl. 2616, esclarecendo que atendendo diligência do CONSEF, conforme folha 2612 do PAF, procedeu revisão fiscal da infração 01 do respectivo Auto de Infração, apurando por meio de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, anos de 2003, 2004 e 2005, omissão de entrada maior que omissão de saída em todos os exercícios levantados, conforme discrimina e em 18 demonstrativos gravados no CD acostado aos autos à fl. 2615.

Acrescenta o revisor que foram considerados na revisão os valores dos estoques inicial e final lançados no livro de Registro de Inventário do contribuinte, e que não haviam sido considerados anteriormente pelo autuante em função da empresa ter sonegado estes dados à época, o que efetivamente repercute no resultado final do levantamento quantitativo.

Intimado o autuado para ciência do resultado da revisão fiscal este se manifesta às fls. 2657 a 2660, ratificando todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos e acrescentando que a nova diligência serviu para atestar a validade quase integral da tese defendida, no que tange à infração 01. Não obstante, em 2003, verificasse que quase todas as omissões mantidas decorrem de “Estoque Inicial ZERO”, tornando-se preciso checar se efetivamente não foram declarados estoques no final de 2002, os quais servem para o início de 2003.

Alega que a partir de 2004, nota-se divergências entre os “estoques finais” apresentados nas planilhas de 2003 e os “estoques iniciais” nas planilhas de 2004, comprometendo toda a apuração até 2005, pois parte das “entradas omitidas” estariam justificadas, justamente, nos estoques finais de 2003 e idênticos iniciais de 2004. Acrescenta que sendo feitas tais retificações, certamente não existirá imposto devido.

Prosseguindo, se manifesta sobre a infração 02, destacando que a ASTEC já atestou a veracidade das alegações da defesa, provando que “houve inclusão de mercadorias tributadas pelo regime normal no levantamento fiscal da substituição tributária; houve inclusão de Notas Fiscais relativas a retornos de consertos; várias Notas Fiscais foram arroladas em duplicidade no demonstrativo de fls. 74/99; e os recolhimentos de ICMS do código 1145 referentes ao mês de dezembro de 2004 efetuados em parcelas mensais nos meses de fevereiro, março e abril de 2005, na quantia de R\$ 41.113,80 não foram computados pela fiscalização”.

Contudo, diz que apesar de todas estas afirmativas, que provam a inconsistência da autuação, a ASTEC apresentou apenas os demonstrativos sintéticos de fls. 2577 e 2578, sem o necessário demonstrativo analítico para confrontar as alegações e provas da defesa, não sendo possível atribuir segurança aos valores “residuais” apontados no trabalho impugnado.

Registra que desde a sua defesa, conforme itens 09 e 10 alegou e provou através de demonstrativos sintéticos e analíticos que:

- “em relação ao período de março de 2003 a dezembro de 2004, a autuação é inteiramente improcedente. Ora, consoante demonstrativos sintéticos e analíticos anexos, os quais se fazem acompanhar de cópias das notas fiscais, o trabalho da fiscalização incidiu nos seguintes erros: não deduziu as antecipações parciais feitas pela empresa; incluiu nos cálculos da substituição notas fiscais pertinentes a mercadorias sujeitas ao regime normal, bem como notas relativas a retornos de consertos; relacionou em duplicidade um número grande de notas fiscais, como se pode auferir através dos demonstrativos do próprio AI; adotou, no resumo dos pagamentos mensais, para este efeito, os períodos de vencimento das obrigações, desprezando os períodos de apuração; não

deduziu os recolhimentos correspondentes aos meses de dezembro de 2003 e dezembro de 2004 (relatório de pagamentos dos exercícios anexo), os quais foram objeto de parcelamento concedido pelo Governo do Estado (vendas de Natal). Após o exame das ocorrências acima citadas não persistem as diferenças apontadas no AI, conforme demonstrativos e documentos anexos.”

Sustenta que limitado pela inexistência de demonstrativos analíticos em contraposição aos elementos produzidos e documentos apresentados pela defesa, impugna os valores apontados para a infração 02, reafirmando que, de acordo com os elementos que juntou ao PAF, não contestados pelo autuante, nada é devido.

Conclui pedindo que sejam apresentados os demonstrativos analíticos relativos à infração 02, e que após todas estas providências, seja renovado o prazo de defesa.

Finaliza requerendo que as infrações impugnadas sejam julgadas improcedentes.

O Auditor Fiscal revisor se manifestou à fl. 2666, mantendo o resultado da revisão fiscal referente à infração 01.

VOTO

A princípio, no que concerne às arguições de nulidade do Auto de Infração apresentadas pelo impugnante, por ofensa ao seu direito de ampla defesa e do contraditório, inclusive, a nulidade da intimação, por ofensa ao disposto no art. 46, do RPAF, devo registrar que não podem prosperar tais arguições, haja vista que desde a data da lavratura do Auto de Infração em 30/06/2006 até a data de julgamento em 1ª Instância, isto é, 13/10/2009, portanto, mais de três anos depois, ocorreram diversas manifestações do impugnante e do autuante, antes mesmo de o Auto de Infração chegar ao CONSEF.

Na realidade, a 1ª JJF solicitou diligências tanto para a INFAZ de origem quanto à ASTEC/ CONSEF, a fim de que fosse realizada revisão fiscal por estranho ao feito, no intuito de preservar o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, assim como em busca da verdade material, sendo-lhe entregues todos os documentos e demonstrativos que compõem o presente processo, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 30(trinta) dias. Não acolho, portanto, as nulidades argüidas, haja vista que foram observadas as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, para validação do ato de lançamento.

Contudo, no que diz respeito à infração 01, a diligência solicitada por esta 1ª JJF para que a ASTEC/CONSEF revisasse o lançamento, trouxe como resultado traduzido no elucidativo Parecer ASTEC Nº 080/2008, elaborado pelo ilustre diligente, que em face de terem sido computados aproximadamente 4.200 (quatro mil e duzentos) itens de mercadorias nos três exercícios, com auxílio do SAFA, a revisão fiscal englobando praticamente todos os itens de mercadorias do estabelecimento deveria também ser realizada pela Fiscalização com o auxílio do SAFA.

Acatando a sugestão do diligente da ASTEC/CONSEF, esta Junta de Julgamento converteu o processo em diligência à INFAZ de origem, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para realizar a revisão fiscal na forma sugerida, tendo o revisor detectado no levantamento realizado omissão de entradas em valor maior do que a omissão de saídas originalmente apontada no levantamento levado a efeito pelo autuante.

Diante do resultado apresentado, poder-se-ia dizer que finalmente a lide seria solucionada, com os novos elementos apurados.

Ocorre que, verifica-se no levantamento revisional realizado pelo Auditor Fiscal, a total impossibilidade de se determinar com segurança o valor do imposto porventura devido, haja vista a existência de falhas e vícios que não permitem o seu saneamento, por necessitar praticamente da renovação do procedimento fiscal.

Assim é que, não foi observado que a mudança de omissão de saídas para omissão de entradas deveria ser acompanhada da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, no intuito de preservar o direito do contribuinte de ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade do lançamento.

Certamente, a conversão do processo em diligência poderia sanar esse vício de forma, restituindo-se ao contribuinte o prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Porém, se constata claramente a existência de erros no levantamento revisional, como ocorre com o estoque final de mercadorias de um exercício – 2003 - e o estoque inicial das mesmas mercadorias no exercício seguinte – 2004. Cito a título exemplificativo as mercadorias com código 020656004 – Meia Lupo 1110 –Branco e código 020708001- Meia Lupo 1810 Marinho, cujos estoques iniciais de 2004 deveriam corresponder aos estoques finais de 2003, contudo, isso não ocorre.

Também se verifica nos Demonstrativos de Auditoria de Estoque dos exercícios de 2003, 2004 e 2005 (fls. 2632 a 2644), uma total imprecisão quanto à base de cálculo apurada, haja vista que tendo sido detectada omissão de entradas caberia a aplicação do preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadorias, consoante a Portaria n. 445/98. Contudo, nos referidos demonstrativos constam a indicação de utilização de “P. Médio Saída”; “P.Médio Ent.”; e “Sem Preço Médio”.

Cumpra observar que uma parcela significativa de omissão de entradas apontadas nos demonstrativos acima mencionados não teve a sua base de cálculo apurada e, conseqüentemente, o crédito tributário exigido por constar a expressão “Sem Preço Médio”.

Diante do exposto, por faltar nos autos elementos capazes de configurar a infração, existindo dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos, considero nula a infração 01, com fulcro no artigo 18, IV, “a” do RPAF/99, ao tempo em que, recomendo a autoridade competente, a renovação dos procedimentos, a salvo de falhas, conforme manda o artigo 21 do RPAF/99.

No que concerne à infração 02, apesar de a 1ª Junta de Julgamento Fiscal envidar todos os esforços no intuito de definitivamente decidir a lide, até mesmo pelo decurso de tempo em que o processo se encontra tramitando, verifica-se também neste item da autuação a existência de vícios que inquinam de nulidade o ato de lançamento.

Isso porque, conforme o Auto de Infração, a acusação fiscal tem a seguinte dicção: *Deixou de recolher por antecipação tributária o ICMS relativo ao ajuste do estoque de calçados.* O enquadramento da infração indica o artigo 12 do Decreto n. 8.413/02, alterado pelo Decreto n. 8.457/03.

A redação do dispositivo acima referido se apresenta da seguinte forma:

“Art. 12. Os contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas, de calçados, de que cuida o item 32 do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS, deverão, a fim de ajustar seus estoques às regras de substituição ou antecipação tributária, adotar as seguintes providências:

I - tratando-se de contribuintes que, em 28/02/2003, encontrem-se enquadrados no cadastro do ICMS na condição Normal:

a) relacionar, discriminadamente, os estoques existentes no estabelecimento em 28/02/2003 e apresentar a relação correspondente, em arquivo magnético, tipo Word, Excel ou arquivo txt, na repartição fiscal do seu domicílio fiscal até o dia 09/06/2003;

b) adicionar aos valores das mercadorias em estoque, a margem de valor adicionado de 35% (trinta e cinco por cento), tomando por base o preço de aquisição mais recente;

c) compensar o valor do débito apurado na forma da alínea anterior com saldo credor eventualmente existente na escrita fiscal em 28/02/2003;

d) não sendo totalmente compensado o débito, nos termos da alínea anterior, efetuar o recolhimento do saldo devedor em até 12 (doze) parcelas mensais, iguais e sucessivas, vencendo a primeira no dia 30/06/2003 e as demais no dia 20 (vinte) de cada mês;”.

Conforme se verifica da leitura do texto acima transcrito, o artigo 12 mais seu inciso I e alíneas, tratam, especificamente, sobre o ajuste de estoques de calçados para compatibilizá-los com as regras de substituição ou antecipação tributária.

Portanto, a exigência fiscal na forma apontada no Auto de Infração em exame deveria recair, exclusivamente, sobre os estoques de calçados existentes em 28/02/2003, em atendimento às disposições do Decreto n. 8.413/02 alterado pelo Decreto n. 8.457/03.

Ocorre que o levantamento levado a efeito pelo autuante neste item da autuação, além de não exigir o imposto referente aos estoques de calçados existentes em 28/02/2003, equivocadamente exige o imposto devido por antecipação por cada mês. Ou seja, exige o imposto devido por antecipação nos meses dos exercícios de 2003 e 2004, conforme se verifica nos demonstrativos às fls. 74 a 127 dos autos.

É certo que a exigência do imposto devido por antecipação, em decorrência de falta de recolhimento ou recolhimento a menos, conforme se constata nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 74 a 127), diz respeito a outro tipo de infração não podendo ser enquadrada, conforme o Auto de Infração em exame, por ferir o princípio da legalidade e cercear o direito de defesa do contribuinte.

Assim, tendo em vista que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, haja vista que a imputação diz respeito à falta de recolhimento por antecipação tributária do ICMS relativo ao ajuste de estoque de calçados, conforme o Decreto n. 8.413/02 alterado pelo Decreto n. 8.457/03, enquanto a matéria fática se refere à falta de recolhimento e/ou recolhimento a menos do imposto devido por antecipação mensalmente, sendo, portanto, a autuação feita de modo equivocado, impossibilitando o prosseguimento da lide por implicar em mudança do fulcro da imputação, é nula a infração, em conformidade com o artigo 18, IV, “a” do RPAF/99. Recomendo a autoridade competente a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, conforme o artigo 21 do RPAF/99.

No respeitante à infração 03, observo que após a diligência solicitada por esta 1ª JJF o impugnante reconhece o cometimento da irregularidade apontada na autuação, inclusive, recolhendo o valor exigido. Mantida a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **118973.0005/06-6**, lavrado contra **ÂDI CALÇADOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.133,90**, prevista no art. 42, XI, do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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, 13 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR