

**PROCESSO** - A. I. Nº 118973.0005/06-6  
**RECORRENTE** - ÁDI CALÇADOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ªJF nº 0335-01/09  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 30/11/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0384-12/10

**EMENTA:** ICMS. 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 errônea da infração e sua capitulação legal não são condizentes com o fato constatado nem com o direito aplicável. A imputação da infração 2 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão JF 0335-01/09 julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado contra a empresa em epígrafe. São objeto do recurso as infrações 1 e 2, respectivamente:

1. Falta de recolhimento do ICMS 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. Falta de recolhimento por antecipação tributária do ICMS relativo ao ajuste do estoque de calçados, nos exercícios de 2003 e 2004, com imposto no valor de R\$230.688,38, acrescido da multa de 60%;

A Decisão recorrida teve como base a seguinte argumentação esboçada nas arguições de nulidade suscitadas na defesa da empresa autuada:

Created with

*“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 INFRAZ 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”.*

*Cumprir 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 ad (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”.*

*(...) “Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido”.*

Por força do dispositivo contido no artigo 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, Junta de Julgamento Fiscal recorreu de sua Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

## VOTO

Verificando a Decisão prolatada, constato que a mesma não merece reparos, inclusive, na busca da verdade material, o órgão julgador de 1ª instância diligenciou diversas vezes no sentido de aclarar a discussão, eliminar dúvidas, prospectar os fatos, e, sobretudo, agir dentro dos ditames legais, com a necessária justiça, em relação às infrações apuradas.

Analisando-se a Decisão relativa à infração 1, observo que, se por um lado o programa eletrônico utilizado para a realização do roteiro de estoques se apresenta confiável, deve o funcionário fiscal atentar para a correta alimentação do mesmo, com dados que sejam necessariamente o espelho dos lançamentos realizados pelo sujeito passivo.

O autuante incorreu em diversos equívocos que se mostraram fatais para o prosseguimento do lançamento, ao não considerar, por exemplo, os estoques reais existentes na empresa, para a realização do levantamento quantitativo de mercadorias, imprecisão relativa à base de cálculo, por exemplo, tendo a JJF disso se apercebido e apontando os mesmos na Decisão recorrida, o que veio a comprometer grande parte do trabalho realizado.

Tais falhas impossibilitaram a necessária e imprescindível segurança quanto ao lançamento, contaminando-o de forma direta, e fazendo com que se caracterizasse a situação prevista no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99.

No tocante à infração 2, o mesmo fato se evidencia. O equívoco com a descrição errônea da infração em relação ao fato constata

utilizada pelo mesmo para o lançamento foi o fato de que alteração na legislação estadual incluiu calçados no regime de antecipação tributária, ou seja, tais produtos deveriam ter a fase de tributação encerrada, no máximo, na entrada do estabelecimento comercial, sendo as operações posteriores realizadas sem qualquer incidência do ICMS.

A legislação do Estado da Bahia, nesta ocasião, em nome da necessidade de uniformização da tributação determinou a realização do chamado “ajuste de estoques”, através do Decreto nº. 8.413/02, alterado pelo Decreto nº. 8.457/03.

O mesmo, então, apenas seria possível de aplicação em um período, ou seja, aquele imediatamente anterior ao da entrada em vigor da antecipação tributária sobre calçados, que nada mais é do que um “corte” na tributação. Apurado o saldo de mercadorias e recolhido o imposto correspondente, todas as operações se dariam sem qualquer incidência de tributação. Logo, não se admite a existência de tal ocorrência em outro momento, senão aquele apontado na norma legal.

E isso, igualmente, foi observado pelo julgador de 1ª Instância, no momento do julgamento do feito, à vista de suas observações “*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(...)*”e, como não poderia ser de outra maneira, verificando-se novamente a hipótese contida no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99.

Assim, pelos motivos expostos, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida, devendo os autos retornar ao órgão de origem, para, caso possível, ser realizada nova ação fiscal a salvo dos equívocos apontados, na forma prevista no artigo 21 do RPAF/99.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **118973.0005/06-6**, lavrado contra **ADI CALÇADOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.133,90**, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo o órgão competente homologar os valores recolhidos, e, caso possível, ser feito novo lançamento a salvo dos equívocos apontados.

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA -REPR. DA PGE/PROFIS