

**A. I. N°** - 019144.0001/04-8  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.  
**AUTUANTE** - RAFAEL ALCÂNTARA DE ANDRADE  
**ORIGEM** - INFAZ JEQUIÉ  
**INTERNET** - 29.03.05

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0074-02/05

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Foi constatado que o lançamento ocorreu à revelia do contribuinte, vez que só foi intimado para apresentação de livros e documentos em data subsequente à lavratura do Auto de Infração. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/09/2004, exige ICMS no valor de R\$ 34.710,23, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS de R\$ 25.900,52 e multa de 70%.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$ 8.809,71 e multa de 60%.

O autuado, ingressa com defesa, fls. 28 e 29, na qual tece os seguintes argumentos:

Diz que o auto de infração foi lavrado irregularmente, pois não foi devidamente intimado, não tendo assim, a oportunidade de apresentar justificativas, o que tornou o ato de fiscalização arbitrário.

Argumenta, com relação à infração 01, que se o ICMS foi cobrado por antecipação, não haveria mais qualquer pagamento, ou haveria bi-tributação.

Quanto à infração 02, diz que o ICMS por antecipação foi totalmente recolhido, e para melhor apreciação anexa os comprovantes, juntamente com cópias das notas fiscais. Entende que a acusação de omissão de saídas de mercadorias é descabida e inconseqüente vez que o auditor fiscal não dispunha de elementos nem de livros para consubstanciar a afirmativa.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 47 a 49, nos seguintes termos:

Reconhece que laborou em equívoco, ao fazer o lançamento fiscal sem checar os registros contábeis da empresa para verificar a denúncia recebida, juntamente com as notas fiscais. Contudo, esse procedimento não prejudicou a defesa do contribuinte, já que teve ciência do auto de infração e acesso irrestrito a todos os documentos acostados ao presente processo administrativo fiscal, tanto que apresentou defesa em tempo hábil.

Verificou que os pagamentos informados pelo contribuinte realmente foram efetuados, mas não nos termos em que afirma.

Reconhece que os DAEs apresentados antecipam o ICMS das seguintes notas fiscais:

Nº 1.170 e 19.173 (parcialmente)

Nº 19.172, 28.463, 28.464, 102.895 e 102.897 (totalmente).

Constatou que as notas fiscais nºs 19.172, 102.895 e 102.897 foram escrituradas nos livros fiscais.

Refez os demonstrativos de débito, do que resultou o ICMS, na infração 01 de R\$ 247,60, no período de agosto de 2003 (fl. 50), e na infração 02 de R\$ 1.173,00, no período de agosto de 2003 e de R\$ 4.284,00 no período de agosto de 2004.

O autuado manifesta-se às fls. 80/81, e refuta a alegação do autuante de que seu precipitado lançamento, não teria prejudicado a defesa. Salaria que o livro Registro de Entradas foi solicitado em data posterior ao auto de infração, ou seja, em 17.11.2004, onde consta também o registro em 09/02/2004, fl. 11, da nota fiscal nº 32458, no valor de R\$ 59.925,00. Requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao tomar conhecimento das alegações acima, refuta-as, parcialmente, conforme documento de fls. 85 a 87. Reconhece que a intimação para entrega do livro Registro de Entradas foi feita, a posteriori, após a lavratura do auto de infração, para verificar a veracidade das alegações de defesa, e para fazer justiça ao contribuinte.

Tanto que após a informação fiscal, o PAF retornou à Infaz Jequié, para dar ciência ao autuado, face a juntada de novos documentos, tempo em que pode apresentar novas contestações.

Pede que seja desconsiderada a cobrança relativa à nota fiscal nº 32458, de 06/01/2004, constante no Demonstrativo B-2, fl. 20 do PAF, pois realmente foi escriturada no livro Registro de Entradas, apesar de ter sido um mês depois.

Sustenta as exigências enquadradas nos demonstrativos A-1, (fl. 50), B-1, (fl. 51), B-3 (fl. 52), e A-2 (fl. 17).

## **VOTO**

Inicialmente cabe a apreciação da preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, quanto à falta de intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais.

Verifico que o contribuinte, em sua peça de defesa, fez a juntada de intimação, fl. 45, sendo comprovado que em 17 de novembro de 2004, foi cientificado para a entrega de livros e documentos fiscais, inclusive o Registro de Entradas, referentes ao período de 01/01/2003 a 30/09/2004. Ocorre que o presente auto de infração foi lavrado em 28/09/2004, data anterior à intimação.

Outrossim, o autuante ao prestar a informação fiscal reconhece que “realmente, por um lapso, laboramos em equívoco ao fazer o lançamento fiscal precipitadamente sem fazer a verificação prévia nos registros contábeis da empresa para checar a veracidade da denúncia que nos foi encaminhada, juntamente com as notas fiscais, dando conta da suspeição da ocorrência de prováveis operações irregulares, formalizadas por aqueles documentos fiscais retidos em ações fiscais no trânsito de mercadorias.”

Deste modo, entendo que está comprovado que o sujeito passivo não foi previamente intimado para apresentar à fiscalização os livros e documentos fiscais, necessários à verificação dos fatos contidos na denúncia, o que maculou de vício insanável o lançamento fiscal.

Segundo o art. 28 do RPAF/99, a ação fiscal inicia-se com a intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, ou com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, estando portanto irregular o procedimento fiscal, o que fulmina de nulidade o presente lançamento.

***Art. 28.** A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

***I** - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

***II** - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.*

Ante o exposto, entendo que o contribuinte foi cerceado no seu direito de defesa, vez que o princípio do contraditório foi violado, desde o início do procedimento administrativo fiscal, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **019144.0001/04-8**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR