

**A. I. N°** - 180597.0001/11-5  
**AUTUADO** - AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA  
**AUTUANTE** - ARISTÓVIO F. PINHEIRO DA FONSECA  
**ORIGEM** - INFRAZ IPIAU  
**INTERNET** - 04/11/2011

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0233-03/11

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O Auto de Infração foi lavrado sem a emissão do Termo de Início de Fiscalização e sem intimação do contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais. De ofício, Auto de Infração declarado NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/06/2011, exige ICMS no valor de R\$526.818,89, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento das seguintes infrações:

1. falta de pagamento de ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88, no valor de R\$432.989,04, acrescido de multa de 60%;
2. falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado imposto no valor de R\$93.829,85, com multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 17 a 24, reproduzindo, inicialmente, as infrações que compõem o Auto de Infração, em seguida, alinha as seguintes argumentações.

Discorre acerca da sistemática de apuração e cobrança do ICMS por antecipação tributária para afirmar que se trata de instituto criado por presunção legal a fim de facilitar a fiscalização da arrecadação do ICMS. Observa que essa presunção não é absoluta, mas meramente relativa, e sendo assim, admite prova em contrário por parte do contribuinte, ou seja, é possível comprovar, por exemplo, que as mercadorias registradas nos sistemas fazendários nem sequer chegaram a ingressar no estabelecimento comercial comprador, em razão de furto, roubo ou outra circunstância alheia à sua vontade.

Depois de afirmar que caso a mercadoria jamais chegue às mãos do contribuinte, o tributo não será devido, sob pena de cair em confisco, transcreve ementa de acórdão de Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, para corroborar sua tese. Arremata asseverando que na específica hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido na substituição tributária, não há tributo algum a pagar ou, já tendo sido o mesmo pago, é o caso de se operar a restituição do indébito. Esclarece que essa é a explicação para o presente Auto de Infração.

Quanto à infração relativa à falta de pagamento de ICMS lançado em livros fiscais, assegura que essa acusação comprova a absoluta regularidade de sua conduta de efetuar os registros contábeis de todas as mercadorias que ingressam ou saem do seu estabelecimento, ainda que, por circunstâncias econômicas adversas à atividade empresarial que desenvolve, eventualmente não possa recolher o tributo lançado, como ocorreu.

Aduz que seus livros fiscais devem ser levados em consideração em relação à presunção atinente a ocorrência do fato gerador da infração que trata de antecipação tributária, pois, não há registro em seus livros de entradas de mercadorias, com base nas quais se apurou o ICMS, cujas notas fiscais foram registradas nas barreiras fiscais tendo o seu estabelecimento como destinatário e

que ditas mercadorias nunca chegaram ao seu estabelecimento. Frisa que a comprovação de ter cumprido suas obrigações tributárias acessórias, ainda que sem recursos para arcar com a principal é que, mesmo submetido a dificuldades financeiras no período de 31/08/2010 a 31/12/2010, efetuou o lançamento do ICMS devido nos livros fiscais, embora não o tenha recolhido.

Ainda nessa linha de entendimento, afirma que a sua escrituração fiscal deve prevalecer, pois, também possui presunção de veracidade, vez que a antecipação do ICMS por substituição tributária é uma presunção apenas relativa de que o futuro fato gerador venha a ocorrer, admitindo prova em contrário, e que, no presente caso, a prova em contrário é, justamente, a escrituração contábil-fiscal, a militar a seu favor. Destaca que, como os fatos geradores presumidos jamais ocorreram, a julgar pelo cotejo entre seus livros fiscais e os registros da Secretaria da Fazenda colhidos nas barreiras fiscais, é indevido o tributo lançado à título de ICMS antecipado por substituição tributária.

Para alicerçar o seu argumento quanto à presunção de veracidade transcreve ementa de decisão do Supremo Tribunal de Justiça.

Assevera ainda que a apuração do ICMS devido por antecipação não levou em conta a natureza não cumulativa do tributo, pois não considerou o montante do ICMS devido na operação anterior na compensação contábil com o montante do tributo na operação seguinte. Afirma que se adotada essa sistemática, o Fisco impõe um ônus excessivamente grande ao contribuinte, violando a natureza não cumulativa do tributo, tendo em vista que não levou em conta eventual crédito de ICMS.

Ressalta que a multa aplicada de 60% é absolutamente fora de propósito e confiscatória. Observa que em uma das infrações deixou de recolher o ICMS já lançado em livros fiscais, asseverando que sequer houve má-fé de sua parte para justificar a imposição de penalidade tão gravosa. Para arrimar seu argumento transcreve ementa de acórdão de julgamento de Recurso Extraordinário pelo STF. Requerendo, por fim, que a multa seja julgada improcedente.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, em informação fiscal, à fl. 26, destaca inicialmente que o contribuinte em sua peça de defesa tenta confundir o ICMS antecipação tributária com ICMS lançado no livro RAICMS e não recolhido que são situações distintas.

Afirma que lavrou o auto de infração conforme documentação fornecida pela empresa autuada, portanto, baseado nas notas fiscais de entradas de mercadorias de outras unidades da Federação tudo de acordo com os demonstrativos por ele elaborados e anexados às fls. 05 a 14.

Observa que o defensor insinua “que as mercadorias objeto da autuação não chegaram ao estabelecimento comercial do destinatário, em razão da ocorrência de furto ou extravio”. Acrescenta que o autuado não apresentou nada de concreto que viesse a comprovar esses supostos eventos.

Destaca que o contribuinte gastou sua argumentação em vão, na tentativa de oferecer defesa ao não pagamento do ICMS devido (ICMS lançado no RICMS e não recolhido e, ICMS Antecipação Tributária).

Em conclusão requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Depois de compulsar os elementos que integram os autos, antes mesmo de examinar as questões de mérito, constato que não constam o Termo de Início de Fiscalização, nem a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos.

O artigo 28 Incisos I e II do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99, assim dispõe sobre os termos e os demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal:

*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 transcrita 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.*

Depreende-se claramente da leitura do dispositivo regulamentar supra reproduzido que a autuação fora irremediavelmente maculada pelo flagrante descumprimento das normas estatuídas no artigo 18, Inciso II do RPAF/BA., vez que, fora constatada a inexistência nos autos do Termo de Início de Fiscalização e da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, bem como, também não consta nos autos a comprovação da transcrição no livro RUDFTO do contribuinte do Termo de Início de Fiscalização, caso tivesse sido emitido e não colacionado aos autos, conforme expressamente determina a legislação tributária. É inequívoca a obrigação da autoridade administrativa, a depender do caso, de suprir um desses requisitos procedimentais na verificação do cumprimento de qualquer obrigação tributária.

Saliento que do teor do dispositivo normativo emerge a nítida evidência de que seu objetivo é salvaguardar o direito de ampla defesa do autuado, e que, mesmo quando por ele não questionado, como no presente caso, se destina a promover, de ofício, o exercício pleno desse direito constitucionalmente consagrado, inibindo, assim, que seja ulteriormente invocada a sua supressão, em qualquer fase do processo.

Em face do exposto, de ofício, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, ao tempo em que recomendo a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, visando lançar o crédito tributário porventura devido.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **180597.0001/11-5**, lavrado contra **AFC COMERCIAL DE ESTIVAS**. Recomendado a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas.

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 2, 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, 21 de outubro de 2011.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES RIES - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR