

PROCESSO - A. I. Nº 298237.3018/16-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GOVALPAN COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - GOVALPAN COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0058-01/19
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EUNAPÓLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0370-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS NA ESCRITURAÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. Autuado não efetuou qualquer registro de entradas no período objeto da autuação e não demonstrou no curso do processo que as informações registradas nas DMAS são condizentes com a relação de notas fiscais indicadas no demonstrativo que deu suporte a presente presunção. Débito fiscal revisado em razão do Autuado ser beneficiário de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00. De ofício, devido a verdade material, fica reduzida a multa 100% descrita nos autos para 60% referente à alteração de lei em relação ao percentual da multa aplicada, sendo reduzida a partir de abril de 2012. Arguições de nulidade rejeitadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/12/2016, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.01.02 – Deixou de recolher ICMS em razão de não escriturar operações nos livros fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014 e janeiro a março, maio a agosto e novembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 741.355,69, acrescido de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0058-01/19 (fls. 151 a 159), com base no voto a seguir transcrito:

“O presente Auto de Infração, consiste na exigência de ICMS em decorrência de presunção de realização de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, com base em documentos fiscais emitidos com destino ao autuado, sem que esse efetuasse qualquer escrituração fiscal no período.

Rejeito pedido de nulidade do Auto de Infração em razão da ausência do Termo de Início de Fiscalização. Conforme estabelecido no inciso II, do art. 28 do RPAF, fica dispensada a emissão do referido termo quando o sujeito passivo for intimado para apresentação de Livros e Documentos. De acordo com a intimação anexada à fl. 09, o autuado foi intimado para apresentação da escrituração fiscal digital, que estava omissa, antes da lavratura deste Auto de Infração.

Também rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração em razão da ausência de assinatura do autuante e da Autoridade Fazendária, em cópia do Auto de Infração recebido via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE). Considerando que o Auto de Infração foi gerado por sistema de processamento eletrônico de dados, a assinatura da autoridade fiscal fica dispensada nos papéis gerados, conforme estabelecido no § 1º, do art. 15 do RPAF. Ademais, o autuado teve acesso aos documentos originais devidamente assinados e teve reaberto o prazo de defesa por ocasião da anexação dos novos demonstrativos do imposto devido com a assinatura do autuante nos documentos.

As operações não escrituradas, objeto deste Auto de Infração, estão relacionadas no demonstrativo anexado das

fls. 239 a 246 (frente e verso), e foram entregues ao autuado, com reabertura de prazo de defesa, por ocasião do cumprimento da diligência fiscal requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme documentos às fls. 285 e 286. Não cabendo, assim, alegação de cerceamento de defesa em razão de desconhecimento das operações que deixaram de ser escrituradas.

No mérito, por se tratar de exigência fiscal com base em presunção legal, cabe ao autuado provar que efetivamente recolheu o imposto devido nas operações com as mercadorias indicadas nas notas fiscais relacionadas no demonstrativo às fls. 239 a 246.

Foi oportunizado por esta JJF, na busca da verdade material, ao autuado a entrega de memória de cálculo relativo aos recolhimentos efetuados nos anos de 2014 e 2015, indicando as notas fiscais de entrada que geraram os créditos fiscais declarados nas DMAs, bem como a entrega do registro de entradas referente ao ano de 2013. Entretanto, o autuado, intempestivamente, apresentou demonstrativo intitulado “Antecipação Tributária – Entradas”, que não contribui para a verificação dos documentos que deram suporte às informações registradas nas DMAs e para conferência da relação com os valores efetivamente recolhidos (fls. 294 a 328). Assim, por não atender ao requerido, o autuado não conseguiu afastar a presunção legal na qual se baseou o presente Auto de Infração.

O autuante, atendendo requerimento da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, refez o demonstrativo de débito considerando a redução a que faz jus o autuado nas saídas de mercadorias vinculadas às atividades relacionadas no Anexo Único do Decreto nº 7.799/02, conforme planilha às fls. 283 e 284.

A multa aplicada está em conformidade com o estabelecido na alínea “d”, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Foi apurada a entrada de mercadorias sem o devido registro na escrituração, o que autoriza a presunção de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, nos termos do inciso IV, do § 4º, do art. 4 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$ 317.447,02, conforme demonstrativo às fls. 283 e 284.”

A 1ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 373 a 396), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual suscitou a nulidade do Auto de Infração por ter recebido a sua cópia sem assinatura, presumindo que foi assinado posteriormente com a aposição de data retroativa, e pela ausência de Termo de Início de Ação Fiscal, entendendo que sua falta não pode ser suprida pela Intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético, por não a ter recebido, indicando que a pessoa que a assinou não pertence ao seu rol de empregados.

No mérito, alegou que as informações prestadas na DMA não podem ser desconsideradas sob o argumento de que as operações não foram escrituradas, porque a verdade material é foi recolhido o ICMS para todas as operações que realizou, não cabendo a presunção e a penalidade baseada em hipóteses.

Afirmou que a maioria das suas aquisições provém de transferência de outros estabelecimentos, no valor de R\$ 3.743.116,22, inclusive do próprio estabelecimento, no valor de R\$ 2.239.445,59, totalizando R\$ 5.892.561,81, que corresponde a 56,74% do montante de R\$ 10.385.833,42, indicado como base de cálculo do Auto de Infração, sendo operações que não constituem fato gerador do imposto nos termos da Súmula nº 166 do STJ, além de não terem sido excluídos da base de cálculo os valores dos tributos recuperáveis (ICMS, PIS e COFINS).

Requeru o provimento do Recurso Voluntário para que o Auto de Infração seja declarado improcedente por ausência do Termo de Início de Ação Fiscal, subsidiariamente por ausência de formalidade essencial na sua lavratura e por considerar, no mérito, suas entradas e de outros estabelecimentos seus como base de cálculo do valor imputado como não recolhido.

Na assentada do julgamento, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade, resolveu remeter o presente processo em DILIGÊNCIA à INFAZ EUNÁPOLIS para que o Autuante, ou outro Auditor Fiscal a ser designado, intimasse o Autuado a apresentar seus livros contábeis relativos ao período autuado, concedendo o prazo de 30 (trinta) dias, e, caso os livros fossem disponibilizados, deveria elaborar novo demonstrativo com a exclusão das notas fiscais neles

registradas, cuja cópia deveria ser entregue ao Autuado, mediante recibo, concedendo 10 (dez) dias de prazo para manifestação (fl. 413).

Após a manifestação, se houvesse, o Autuante, ou outro Auditor Fiscal a ser designado, deveria elaborar nova Informação Fiscal abrangendo todos os aspectos abordados, nos termos do § 6º, do Art. 127 do RPAF/99.

Assim foi procedido, tendo o Diligente, Auditor Fiscal estranho ao feito, intimado o Autuado que apresentou cópia dos livros contábeis (fls. 428 a 2.601), e elaborado manifestação e demonstrativos, conforme solicitado (fls. 2.603 a 2.621 e 2.623 - mídia).

Intimado, o Autuado não se manifestou (fls. 2.628 a 2.633).

Registro a presença do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Dimas Dias de Araújo.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em decorrência da falta de recolhimento do ICMS em razão de não escriturar operações no Livro Registro de Entradas.

Verifico que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$ 1.063.819,96, conforme extrato (fl. 361), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Constato que a desoneração perpetrada decorreu da revisão do demonstrativo, em sede de diligência efetuado pelo próprio Autuante, solicitado pela 1ª JJF, considerando a redução a que faz jus o autuado nas saídas de mercadorias vinculadas às atividades relacionadas no Anexo único do Decreto nº 7.799/00.

Considerando que a redução decorreu de aplicação correta da legislação tributária, conforme benefício a que o Autuado fazia jus, reputo correta a Decisão recorrida, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No que se refere ao Recurso Voluntário, observo que foi aplicada a presunção de ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto em função da falta de registro de entrada de mercadorias, nos termos do Art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/96.

A entrega das cópias em meio magnético e sem assinatura não é causa de nulidade, pois não causa prejuízo à sua defesa, e, caso houvesse dúvida quanto à sua autenticidade, o Autuado poderia ter efetuado vistas à íntegra do processo administrativo fiscal.

E, ao contrário da alegação do Autuado, a ausência de Termo de Início de Ação Fiscal pode ser suprida pela Intimação para Apresentação de Informações em Meio Magnético, conforme expressamente previsto no Art. 26, III do RPAF/99:

“Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

...

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;”

Portanto, com base no princípio “*pas de nullité sans grief*”, inserto no § 2º, do Art. 18 do RPAF/99 e no parágrafo único do Art. 283 do novel CPC, e no Art. 26, III do RPAF/99, rejeito a nulidade suscitada.

Em sessão de julgamento desta 2ª CJF, o presente processo foi remetido em diligência para que fosse observado o disposto na Súmula nº 7 deste CONSEF, de que “*não se aplica a presunção de omissão de saídas prevista no inciso IV, do § 4º, do Art. 4º da Lei nº 7.014/96, quando as entradas das mercadorias ou bens tenham sido escrituradas nos livros contábeis, hipótese em que se*

aplicará apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória”, solicitando a exclusão das entradas das mercadorias ou bens que tivessem sido escrituradas nos livros contábeis.

Tal solicitação foi efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito, resultando na redução do valor exigido no valor para R\$ 95.480,48. Entretanto, ainda haviam sido mantidas no levantamento as notas fiscais relativas a transferências, as quais não podem ser computadas para exigência de imposto por presunção legal, por não se referir a aquisições com dispêndio de recursos financeiros. Com a exclusão das referidas notas fiscais de transferência, o valor a ser exigido fica reduzido para R\$ 33.469,61, conforme demonstrado a seguir:

| Data Ocorrência | Auto de Infração | 1ª JJF | 2ª CJF |
|--------------------|-------------------|-------------------|------------------|
| 31/01/2013 | 32.097,68 | 17.321,02 | - |
| 28/02/2013 | 33.317,27 | 17.869,59 | - |
| 31/03/2013 | 30.040,84 | 16.405,09 | - |
| 30/04/2013 | 37.138,48 | 19.903,39 | 18,36 |
| 31/05/2013 | 30.629,92 | 16.806,55 | 3.044,20 |
| 30/06/2013 | 27.851,17 | 14.954,22 | 1.417,27 |
| 31/07/2013 | 33.721,09 | 17.783,10 | 6.110,66 |
| 31/08/2013 | 34.176,83 | 18.681,71 | 2.636,27 |
| 30/09/2013 | 33.886,94 | 18.356,39 | - |
| 31/10/2013 | 21.236,12 | 10.871,26 | 739,42 |
| 30/11/2013 | 33.520,33 | 17.904,22 | 1.703,91 |
| 31/12/2013 | 48.639,16 | 26.601,74 | 4.497,35 |
| 31/01/2014 | 9.181,71 | - | - |
| 28/02/2014 | 26.854,81 | 9.862,90 | 1.007,37 |
| 31/03/2014 | 19.000,84 | 4.348,05 | 1.248,38 |
| 30/04/2014 | 27.361,72 | 8.513,32 | 2.066,74 |
| 31/05/2014 | 53.323,19 | 25.570,54 | 7,49 |
| 30/06/2014 | 36.877,66 | 18.081,32 | 197,00 |
| 31/07/2014 | 24.783,79 | 6.184,17 | 3.560,90 |
| 31/08/2014 | 23.008,18 | 8.546,17 | 1.318,82 |
| 30/09/2014 | 17.361,88 | 3.694,39 | 520,49 |
| 31/10/2014 | 23.738,26 | 5.521,38 | 2.180,58 |
| 30/11/2014 | 11.357,49 | 1.213,07 | 886,79 |
| 31/12/2014 | 3.707,37 | - | - |
| 31/01/2015 | 5.140,62 | - | - |
| 28/02/2015 | 7.688,68 | - | - |
| 31/03/2015 | 19.693,52 | 7.888,81 | - |
| 30/04/2015 | - | - | - |
| 31/05/2015 | 5.280,56 | - | - |
| 30/06/2015 | 1.075,12 | - | - |
| 31/07/2015 | 18.645,18 | 3.883,52 | 300,24 |
| 31/08/2015 | 7.796,99 | 681,10 | 7,37 |
| 30/09/2015 | - | - | - |
| 31/10/2015 | - | - | - |
| 30/11/2015 | 3.222,29 | - | - |
| 31/12/2015 | - | - | - |
| Valor Total | 741.355,69 | 317.447,02 | 33.469,61 |

Não faz sentido o argumento de que não foram excluídos da base de cálculo os valores dos tributos recuperáveis (ICMS, PIS e COFINS), já que o que importa o valor total dispendido na operação, pois a exigência do pagamento do imposto é embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem pagamento do imposto, conforme dispõe o Art. 4º, § 4º, IV da Lei nº 7.014/96.

De ofício, devido a verdade material, fica reduzida a multa 100% descrita nos autos para 60% referente à alteração de lei em relação ao percentual da multa aplicada, sendo reduzida a partir de abril de 2012.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$ 33.469,61.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298237.3018/16-1, lavrado contra GOVALPAN COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 33.469,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

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