

A. I. Nº - 206878.0004/11-6
AUTUADO - CREAÇÕES OPÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 11.04.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0090-05/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA, SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO. Exigência declarada nula, por se constatar a perda dos documentos comprobatórios; **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS Á CONTRIBUINTE DO SIMPLES NACIONAL. Exigência reconhecida. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** DESENCONTRO ENTRE OS VALORES DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO FISCAL. Exigência subsistente em parte, após consideração do ICMS Antecipação Parcial; **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida; **c)** ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS, NÃO REGISTRADAS NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Exigência reconhecida; **d)** EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Exigência caracterizada; **e)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, QUANDO DEVIDAMENTE INTIMADO. MULTA. Item reconhecido. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO FIXO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. Item reconhecido. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** FALTA DE ENTREGA, QUANDO EXIGIDO MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA; **b)** Rejeitada a alegação de nulidade. NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Exigências reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2011, exige o débito, no valor de R\$ 340.091,20, inerente aos exercícios de 2008 e 2009, conforme documentos às fls. 17 a 395 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 87.609,60, a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação;
- 2 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 60.665,93, referente à aquisição de mercadorias junto à empresa de pequeno porte optante do Simples Nacional;
- 3 Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 41.396,67, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS;
- 4 Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 58.862,39, em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios;

- 5 Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 102,30, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento;
- 6 Multa, no valor de R\$ 42.429,06, correspondente ao percentual de 60% sobre a parcela do ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente;
- 7 Multa, no valor de R\$ 55,74, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias não tributáveis entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;
- 8 Multa, no valor de R\$ 4.600,00, por ter extraviado notas fiscais de entradas e reduções Z;
- 9 Multa, no valor de R\$ 460,00, por ter deixado de apresentar o livro Registro de Inventário, quando regularmente intimado;
- 10 Multa, no valor de R\$ 41.149,51, por ter deixado de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.
- 11 Multa, no valor de R\$ 2.760,00, pela falta de entrega de arquivos magnéticos, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa de Transmissão Eletrônica de Dados (TED).

O autuado, às fls. 402 a 410, através de sua advogada, apresenta, tempestivamente, sua defesa administrativa, em relação às infrações 1, 3 e 8 do Auto de Infração, onde aduz, em relação à primeira infração, que não foram examinadas as respectivas notas fiscais, para constatação do alegado, visto que, conforme comunicação feita à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em razão da catástrofe que acometeu a cidade de Petrópolis, nos dias 11 e 12 de janeiro de 2011, onde se encontra estabelecida a matriz da empresa e na qual se concentra toda a documentação de todas as suas filiais, inclusive as filiais de Salvador, parte da documentação fiscal foi danificada de forma irrecuperável, pelas águas de chuva, impossibilitando, assim, sua exibição ao fisco. Defende não ter havido extravio da documentação, mas, sim, sua perda. Portanto, tendo a documentação fiscal da empresa sido perdida em razão de caso fortuito e força maior, não pode ser penalizada pela não exibição das mesmas. Cita jurisprudência.

No que tange à terceira infração, ressalta que, por problemas no sistema da SEFAZ, não foram computados os valores das antecipações e dos parcelamentos nos livros mensais, conforme se pode constatar pelos documentos. Assinala, ainda, que o valor pago a título de ICMS, devido mensalmente mais as antecipações, é superior aos valores efetivamente devidos, conforme se pode comprovar pelas planilhas anexadas à defesa, do que cita exemplo. Pede a nulidade da infração.

Quanto à oitava infração, a qual consiste no extravio de documentos fiscais, conforme aduzido, em razão das fortes chuvas sobre a cidade de Petrópolis, houve a perda irrecuperável de vários documentos, inclusive fiscal, impossibilitando a exibição dos mesmos à fiscalização, não podendo ser penalizada pela perda de documentos ocorrida em razão de caso fortuito ou força maior. Registra que comunicou a perda dos documentos à SEFAZ, conforme prova anexa à defesa.

Aduz que, ainda que os documentos pertinentes não tivessem sido perdidos, em decorrência das fortes chuvas, há de levar em consideração que não foi observado o disposto no art. 653 do RICMS no que tange ao exame da documentação fiscal referente às trocas ocorridas no estabelecimento da empresa, possibilitando a emissão de única nota fiscal de saída englobando as devoluções feitas durante o período de uma semana.

Destaca que, na hipótese de devolução de mercadoria cuja entrada tenha ocorrido sem utilização de crédito fiscal pelo recebedor, será permitido a este creditar-se do ICMS na nota fiscal de devolução, desde que em valor igual ao do imposto lançado no documento fiscal originário.

Desta forma, o autuado entende que não há que se falar em penalização do estabelecimento autuado, pelas infrações acima descritas, havendo de ser anuladas as respectivas autuações, do que passa a dissertar sobre os princípios da legalidade e tipicidade, sob a ótica de que o autuante não demonstrou que o contribuinte deixou de recolher o ICMS, conforme comprovantes de recolhimento anexados às suas razões de defesa. Requer que o Auto de Infração seja declarado nulo.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 515 a 519, ratifica “*in totum*” o lançamento fiscal, pelas seguintes razões:

Em relação à primeira infração, aduz que o art. 653 do RICMS estabelece requisitos para a devolução de mercadorias efetuada por pessoa não obrigada à emissão de notas fiscais, os quais não foram observados na íntegra pela autuada, visto que, no § 2º, inciso I, há a exigência de emissão de nota fiscal para cada operação de entrada de mercadorias, devendo ser mencionado o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, além do valor total ou proporcional à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se este for o caso.

Afirma que, da análise do livro Registro de Entradas, às fls. 275 a 302 dos autos, constatou que o contribuinte, no período de maio/2008 a dezembro/2009, adotou um procedimento nitidamente contrário à legislação, posto que emitiu um único documento fiscal (classificação fiscal 1202) correspondente a todo o período de apuração – à exceção dos meses de novembro e dezembro/2008, com duas notas emitidas em cada mês -, contendo, supostamente, a totalidade das devoluções de vendas do período efetuadas por pessoa não obrigada à emissão de notas fiscais.

Salienta que o legislador, no § 3º-A do art. 653, prevê a possibilidade de emissão de uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas no decorrer da semana, o que equivaleria a, no mínimo, quatro notas fiscais mensais, desde que obedecidos os procedimentos previstos no § 2º do mesmo artigo e mediante autorização prévia do inspetor fazendário, circunstância que também não foi observada pela impugnante.

Por fim, destaca a fragilidade da peça defensiva, direcionada tão somente em reproduzir dispositivos legais que, enfim, a própria autuada violou.

Inerente à terceira infração, diz que o crédito fiscal é decorrente de divergência encontrada entre o valor do imposto recolhido e o valor do imposto escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, aos constatar que não houve comprovação, por parte da autuada, do pagamento integral do ICMS normal lançado no livro fiscal, consoante cópia às fls. 344 a 395 dos autos, nos períodos de apuração indicados no demonstrativo de fl. 45 do PAF. Assim, o recolhimento parcial do ICMS normal ensejou a apuração das diferenças devidas que resultaram no lançamento de ofício.

Ressalta que na planilha acostada pela defesa, às fls. 455 e 456 dos autos, também foram considerados valores de receitas tributárias, cuja natureza, prazos de recolhimentos e fatos geradores não têm relação direta com a imputação fiscal em apreço, visto que os pagamentos do ICMS – Antecipação Parcial (código da receita: 2175) e do ICMS Parcelamento (código da receita: 1802), ao contrário do que afirma a peticionária, encontram-se devidamente computados no sistema de arrecadação da SEFAZ (fls. 210 a 221 do PAF), todavia, tais recolhimentos não se confundem com o recolhimento do ICMS Regime Normal – Comércio (código da receita: 759), pelas razões já expostas.

No tocante à oitava infração, ressalta que o artigo 146 do RICMS/BA determina as obrigações do contribuinte nas hipóteses de ocorrência de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais do estabelecimento, sendo que, em momento algum, o texto legal isenta o contribuinte de uma eventual penalização decorrente desses eventos indesejáveis. De igual modo, o art. 42, XIX, da Lei nº 7.014/96, ao fixar o valor da penalidade a ser aplicada por cada documento inutilizado, extraviado, perdido ou guardado fora do estabelecimento, em local não autorizado, não faz qualquer ressalva no sentido de eximir o contribuinte da sanção cominada.

Em conclusão, diz que os argumentos defensivos são procrastinatórios, do que solicita a procedência do Auto de Infração.

Às fls. 522 a 525 dos autos, constam extrato do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) com parcelamento do valor histórico de R\$ 206.484,93, referente às infrações reconhecidas pelo autuado.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 340.091,20, relativo a onze irregularidades, sendo, com exceção das infrações 1, 3 e 8, todas objeto de reconhecimento pelo contribuinte, logo, não fazendo parte da lide. Assim, a contenda se restringe apenas às citadas infrações.

Inicialmente, há de se registrar que o lançamento do crédito tributário preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, inexistindo a alegada possibilidade de nulidade o Auto de Infração, até porque o próprio sujeito passivo reconheceu como devido e parcelou os débitos exigidos relativos a oito das onze infrações.

Quanto às razões de mérito, as quais se restringem apenas aos itens 1, 3 e 8, do lançamento de ofício, no que se refere à primeira infração, cuja acusação é de que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, o defendente alega que, conforme comunicação feita à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, consoante cópia às fls. 436 a 439 dos autos, a documentação fiscal foi danificada de forma irrecuperável, pelas águas de chuva, ocorrida na cidade de Petrópolis/RJ, onde se encontra estabelecida a matriz da empresa e na qual se concentra toda a documentação de todas as suas filiais, impossibilitando sua exibição ao fisco.

A previsão contida no art. 653 e parágrafos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, no caso do estabelecimento receber mercadoria devolvida por pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de nota fiscal, é de que poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução, devendo emitir nota fiscal, nas entradas das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso, consignando na aludida nota fiscal ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade. Prevê, ainda, que, se tratando de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá, mediante autorização do inspetor fazendário, emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante a semana.

O preposto fiscal, quando da sua informação fiscal, ressalta que o contribuinte, no período fiscalizado, adotou um procedimento nitidamente contrário à legislação, uma vez que emitiu único documento fiscal ao mês, contendo, supostamente, a totalidade das devoluções de vendas do período efetuadas por pessoa não obrigada à emissão de notas fiscais.

Da análise de tais considerações, vislumbro que o fato de o contribuinte emitir apenas uma nota fiscal para a totalidade das devoluções mensais, por se tratar de um aspecto meramente formal, não enseja a conclusão de que o sujeito passivo utilizou indevidamente do crédito fiscal do ICMS a título de devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, conforme consignado na acusação fiscal. Há de se buscar a verdade material, a qual ficou prejudicada em razão dos fatos trazidos pela defendente, os quais resultaram a perda dos documentos comprobatórios das referidas operações de devolução.

O artigo 146 do citado RICMS, determina que, nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a comunicar o

fato à repartição fiscal, dentro de 8 dias, e a comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo, sendo que, se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação, se recusar a fazê-la ou não puder efetuar-la, e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco, pelos meios a seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária.

Portanto, no caso em tela, vislumbro que caberia ao fisco a aplicação do referido dispositivo legal, intimando o contribuinte a comprovar o montante das operações de devoluções e se recusar a fazê-la ou não puder efetuar-la, utilizar-se da medida legalmente prevista.

Diante de tais considerações, declaro nula a infração 1, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Assim, conforme previsto no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para avaliar a necessidade de se instaurar novo procedimento fiscal para recuperação do crédito tributário, nos termos do art. 146 do RICMS/97.

Quanto à terceira infração, na qual se exige o ICMS recolhido a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), inerente ao exercício de 2008, tendo o autuado alegado que não foram computados os valores das antecipações e dos parcelamentos nos livros mensais, verifico no demonstrativo, à fl. 45 do PAF, em cotejo com o livro RAICM, às fls. 346 a 367, e dos recolhimentos, às fls. 210 a 215 dos autos, que o levantamento fiscal, efetivamente, não considerou como crédito fiscal os valores recolhidos a título de antecipação parcial do imposto, conforme previsto no art. 93, I-A, do RICMS/BA, como também o crédito credor existentes, conforme abaixo explicitado:

Período Apuração	Sdo Cred Anterior	Débito do Imposto	Crédito do Imposto		Saldo Devedor	ICMS Recolhido	Saldo Credor	ICMS a Recolher
			Entradas	A. Parcial				
fev-08	-	17.456,44	7.865,73	953,64	8.637,07	6.953,37	-	1.683,70
mar-08	-	20.989,26	9.818,70	4.787,34	6.383,22	5.533,99	-	849,23
abr-08	-	21.986,09	19.347,86	3.481,51	(843,28)	7.212,97	8.056,25	-
mai-08	8.056,25	35.829,19	28.056,35	3.985,85	(4.269,26)	5.135,60	9.404,86	-
jun-08	9.404,86	28.641,27	12.939,02	13.806,91	(7.509,52)	3.475,60	10.985,12	-
jul-08	10.985,12	26.731,42	21.940,11	807,75	(7.001,56)	2.154,07	9.155,63	-
ago-08	9.155,63	28.894,91	21.648,87	2.228,13	(4.137,72)	4.572,80	8.710,52	-
set-08	8.710,52	15.107,77	3.301,06	8.332,72	(5.236,53)	2.534,50	7.771,03	-
out-08	7.771,03	21.365,67	9.880,16	3.036,94	677,54	1.750,18	1.072,64	-
nov-08	1.072,64	22.148,36	15.038,93	2.668,50	3.368,29	1.803,69	-	1.564,60
dez-08	-	51.223,51	42.570,72	565,13	8.087,66	5.403,73	-	2.683,93
TOTAIS	55.156,05	290.373,89	192.407,51	44.654,42	(1.844,09)	46.530,50	55.156,05	5.216,86

Obs. 1) os valores de débito e crédito dos meses de junho e julho foram trocados no levantamento fiscal;

Obs. 2) o ICMS a recolher do mês de novembro não consta da infração 3, não fazendo parte do débito.

Assim, diante de tais considerações, subsiste em parte a terceira infração, no valor de R\$ 5.216,86. Contudo, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, para recuperar o crédito tributário relativo ao mês de novembro de 2008.

Por fim, em relação à oitava infração, a qual exige a multa de R\$ 4.600,00 em razão do extravio de documentos fiscais (notas fiscais de entradas e reduções “Z”), nos termos previstos no art. 42, inciso XIX, aliena “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, o dispositivo legal não contém qualquer excludente para o caso alegado pelo defendente. Exigência subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 216.301,79, após excluir o valor da primeira infração, considerada nula, e reduzir o valor da terceira infração para R\$ 5.216,86, conforme demonstrativo acima, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206878.0004/11-6**, lavrado contra **CREAÇÕES OPÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$124.847,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$91.454,31**, prevista no incisos II, “d”, XI, XIII-A, “j”, XIX, “a” e XX do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo-se homologar os valores recolhidos.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA