

**A. I. N°** - 298921.0005/12-2  
**AUTUADO** - CREAÇÕES OPÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - ARI SILVA COSTA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 26.06.2013

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0110-02/13**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO INCOMPLETA E EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. INFORMAÇÕES COM DADOS DIVERGENTES PARA OS DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA.** Valores registrados no corpo do auto de infração são divergentes, em todos os meses, daqueles consignados no demonstrativo que consubstanciou esta infração. Este procedimento cerceou o direito de defesa do autuado. Item nulo nos termos da alínea “a” do art. 18 do RPAF/99. **2. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO.** Comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, nesta condição é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração não contestada. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Infração não impugnada. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA.** Mantida a multa, pois não foi cumprido o artigo 147 do RICMS/97, para os casos de sinistros. **5. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. MULTA.** Contribuinte não contesta a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 21/09/2012, refere-se à exigência de R\$294.425,14 tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

01: deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas nos meses de julho de 2009 a dezembro de 2010. O registro 74 (inventário) encontrava-se com codificação, mercadorias, quantidades, preço unitário e totalização completamente diferente do Registro de Inventário físico, totalizando R\$144.802,76, acrescido da multa de 60%;

02: multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de julho de 2009 a dezembro de 2010, no valor de R\$144.802,76;

03: utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária nos meses de março, abril, setembro e novembro de 2009 e janeiro de 2010, no valor de R\$79,62 acrescido de 60%;

04: extravio de documentos (notas fiscais e reduções Z) em 2009 e 2010, sendo aplicada a penalidade fixa de R\$4.600,00;

05: escrituração do livro fiscal, Registro de Entradas, em desacordo com a legislação aplicável, nos exercícios de 2009 e 2010, sendo aplicada a penalidade fixa de R\$140,00.

O autuado impugnou o auto de infração (fls.161 a 164), através de advogado, procuração fl.166. Afirma que corroborando com a boa-fé da empresa e destacando o entendimento existente entre contribuinte e Estado informa que a empresa formalizou confissão de dívida objetivando o parcelamento do montante devido apontado, referente aos itens descritos nas infrações 02, 03 e 05.

Rechaça e pede sejam afastados por este Conselho, os itens 01 e 04 pelos motivos que seguem. Descreve os termos da infração 01 com o respectivo enquadramento, para afirmar que de forma diversa do arguido pela fiscalização, os arquivos magnéticos foram entregues pela empresa Autuada em momento anterior a lavratura do presente auto de infração, datados de 31.08.2010, conforme documentos que anexa fls.187/188, evidenciando-se assim, a perda de objeto da referida infração, o que desautoriza a respectiva cobrança e penalidades aplicadas.

Salienta ainda, que o demonstrativo utilizado no corpo do auto de infração com a finalidade de detalhar a aplicação da penalidade imposta ao contribuinte, é completamente divergente do anexo 01, elaborado pelo Autuante com a mesma finalidade, violando de forma flagrante as garantias constitucionais da impugnante cerceada no seu direito a ampla defesa.

Neste sentido, diz restar claro e inequívoco a conclusão de que o próprio auto de infração por apresentar informações conflitantes entre si enseja dúvida e grande dificuldade ao contribuinte, eis que, para o amplo exercício de seu direito de defesa deveria estar claro, os parâmetros utilizados pela fiscalização.

Aduz que a divergência mencionada, pela simples análise do auto em sua integralidade, denota vício de natureza absoluta, não admitindo a convalidação, o que enseja o comprometimento do direito de defesa nesta infração, requerendo que este item seja excluído do auto de infração.

Relativamente à infração 04, diz que após examinar os fundamentos desta parte da autuação, verificou que o art. 146 do RICMS/BA, enumera hipóteses em que o contribuinte ficaria obrigado a comunicar à Inspetoria Fazendária ocorrências vinculadas à guarda e conservação dos livros e documentos fiscais. Observa que essas hipóteses aparecem no aludido art. 146 na seguinte ordem: sinistro, furto roubo, extravio, perda ou desaparecimento. No entanto, afirma que ao instituir penalidade para esta infração, o inciso XIX do art. 42 da Lei 7.014/96 elencou “documento inutilizado, extraviado ou guardado fora do estabelecimento” vale dizer, não enquadrou sinistro, furto, roubo ou desaparecimento.

Observa que tal diretriz permite dupla argumentação: (I) faticamente, o legislador fixou penalidade apenas para hipóteses de comportamentos negligentes em face da necessária conservação de livros e documentos, uma vez que sinistros, furtos, roubos ou desaparecimento não podem ser imputados, a priori, a ações ou omissões do contribuinte; (II) juridicamente, a previsão de ilícitos de qualquer natureza e respectivas penalidades têm de observar a chamada tipicidade, criação doutrinária consagrada nos tribunais, de modo que, somente irregularidades expressamente listadas na lei penal podem ser objeto de multa.

Frisa que a impossibilidade de apresentação de alguns documentos, que gerou a penalidade aqui discutida, decorreu de intempéries nunca vistas antes na região serrana do Rio de Janeiro, sede da impugnante, com mortos e desaparecidos.

Aduz que uma vez que a impossibilidade de apresentar alguns documentos à fiscalização, não decorreu de qualquer ação ou omissão da impugnante, mas sim dos sinistros acima referidos, configurando-se a força maior de que trata o Código Civil brasileiro, impõe-se que seja expurgada qualquer multa do auto de infração.

O autuante em informação fiscal às fls.191/193 dos autos, afirma que seguirá o roteiro da contestação. Observa que antes de entrar no mérito, impende ressaltar, por ser de alta relevância, fatos importantes e históricos do contribuinte.

Diz que a fiscalização foi desencadeada em função de uma denúncia de sonegação fiscal. Menciona que o Autuado possui diversas filiais em Salvador/BA. Diz que as filiais que já sofreram fiscalização tiveram infrações lançadas que persistem neste auto de infração. Ressalta que vários autos de infração já foram julgados procedentes pelo CONSEF. Portanto, afirma que a autuada é contumaz nas irregularidades à legislação do ICMS. Outro fato importante é que a autuada se utiliza do subterfúgio das inundações ocorridas em Petrópolis/RJ, onde funciona sua administração, para tentar se esquivar, porém não há como, pois as infrações são todas procedentes.

Menciona que o autuado não contesta as infrações 02, 03 e 05, portanto, estas são totalmente procedentes.

Sobre o fato alegado pela defesa, no tocante ao enquadramento da infração 01, diz que está corretíssimo, esclarecendo que os arquivos magnéticos apresentados pelo autuado em 31/08/2012, são os que estão fora dos padrões, conforme fls. 23/24 (Recibos de Arquivos) do PAF, e o mesmo se dá, conforme nas folhas 25 a 30, com o registro 74 que está totalmente fora do padrão, ao ser confrontado com o livro de Registro de Inventário (folhas 30 a 34), estando o fato jurídico devidamente comprovado.

Observa que o anexo 01 (folha 22) está correto, não havendo cerceamento de defesa, pois a própria autuada o anexou à sua defesa, folha 189, totalizando de próprio punho, o valor de R\$43.281,19. Reconhece que houve um erro na geração do Auto de Infração e o SEAI repetiu os valores da infração 02, já reconhecida pelo contribuinte, o demonstrativo de débito da infração 01. Diz que não observou previamente este fato e solicita ao Conselho refazer o lançamento da Infração 01.

Sobre a infração 04, diz que a autuada não tem argumentos para contestar a infração. Aduz que discutir e alterar o que normatiza a legislação do ICMS foge completamente ao mérito deste PAF. Frisa que a infração 04 será refeita. Opina pela procedência parcial da autuação.

Consta das folhas 196/197, extrato do SIGAT comprovando parcelamento parcial do auto de infração referente aos itens reconhecidos pelo sujeito passivo.

## **VOTO**

Na análise das peças processuais verifico que não existe lide a ser julgada em relação aos débitos no valor de R\$144.802,76 (infração 02); R\$79,62 (infração 03) e R\$140,00 (infração 05), haja vista que o autuado reconheceu como devidas tais infrações, inclusive solicitou parcelamento do débito, conforme comprovam os extratos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária às fls.196/197. Diante deste fato, considero totalmente subsistentes tais itens do auto de infração.

Quanto ao mérito, a infração 01 imputa ao autuado, a falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas nos meses de julho de 2009 a dezembro de 2010, além do registro 74 (inventário) se encontrar com codificação, mercadorias, quantidades, preço unitário e totalização completamente diferente do Registro de Inventário físico.

O autuado em sede defensiva alegou que o demonstrativo utilizado no corpo do auto de infração com a finalidade de detalhar a aplicação da penalidade imposta ao contribuinte, é completamente divergente do anexo 01, elaborado pelo Autuante com a mesma finalidade, violando de forma flagrante as garantias constitucionais da impugnante cerceada no seu direito a ampla defesa.

Analisando os elementos que compõe o PAF vejo que assiste razão ao autuado. Constato que os valores referentes a este item utilizados no corpo do Auto de Infração são completamente

diferentes daqueles registrados no demonstrativo acostado à fl. 22 do PAF elaborado pelo Autuante, com a finalidade de caracterizar a infração 01.

Para a decisão da lide, ressalto que a base de cálculo do imposto deve ser determinada a salvo de qualquer imperfeição. Indispensável, portanto, que seja demonstrada de forma compreensiva, onde seja indicado o método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao seu entendimento. Isto pelo fato dela ser a dimensão material do tributo e decorre dos princípios da legalidade e da verdade material que norteiam a norma tributária do país.

As divergências constantes, em todos os meses, entre os valores registrados no corpo do auto de infração e aqueles constantes do papel de trabalho elaborado com a finalidade de caracterizar a infração 1, cerceou o direito de defesa do contribuinte. Em obediência a legislação tributária e da situação relatada, o presente item do Auto de Infração não pode subsistir.

Dessa forma, a imposição da multa em questão não pode prosperar, impondo a nulidade do lançamento com fulcro no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99. Item NULO.

No que diz respeito à infração 04, a acusação é de que o autuado extraviou documentos fiscais, notas fiscais e reduções Z, nos exercícios de 2009 e 2010, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.600,00.

Ao defender-se foi alegado pelo sujeito passivo que houve impossibilidade de apresentação de alguns documentos, que gerou a penalidade, em decorrência de intempéries ocorridas na região serrana do Rio de Janeiro, ou seja, que alguns documentos não apresentados à fiscalização não decorreu de qualquer ação ou omissão, mas sim dos sinistros ocorridos, e que *o legislador fixou penalidade apenas para hipótese de comportamentos negligentes em face da necessidade de conservação de livros e documentos, uma vez que se verifique a ocorrência de sinistro, furtos, roubos ou desaparecimentos.*

De acordo com o artigo 147 do RICMS/97, nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, o contribuinte é obrigado a comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 8 dias, e simultaneamente 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.

Verifico que o autuado através do processo SIPRO nº 209710/2011-6 de 26/10/2011 – fls. 147/149, comunicou à SEFAZ a perda da documentação fiscal de vários estabelecimentos, dos seguintes documentos fiscais: notas fiscais de entradas de 2010; talões de notas fiscais modelo 1-2010; e Reduções Z.

No entanto, no presente caso, observo que foi dada ciência à SEFAZ da perda de documentos de forma intempestiva, além de não ter sido comprovado pelo autuado o integral cumprimento do quanto disposto no artigo 147 do RICMS/97, no sentido de demonstrar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

Mantido o lançamento, cujo cálculo da multa obedeceu ao disposto no artigo 42, XIX da Lei nº 7.014/96.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, devendo ser homologados valores pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298921.0005/12-2**, lavrado contra **CREAÇÕES OPÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79,62**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além das multas por descumprimento de obrigação acessória no

valor de **R\$149.542,76**, previstas no art. 42, incisos II alínea “d”, inciso XIX e XVIII da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05., devendo ser homologado os valores pagos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR