

A. I. N° - 206908.0010/06-5
AUTUADO - ETOILE DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ FACCHINETTI DIAS SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18. 04. 2007

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0072-04/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração reconhecida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Imputação reconhecida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA DO REGISTRO TIPO 75 SEM A DISCRIMAÇÃO DAS MERCADORIAS. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS. Descumprimento de obrigação acessória. Mantida a penalidade aplicada. Rejeitadas as arguições de nulidade e indeferido pedido de redução de multa. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2006, exige ICMS e aplica multa, no valor total de R\$ 290.234,94, em decorrência:

- 1- Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor R\$ 12.052,16, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.
- 2- Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 5.693,24, em decorrência de desconcreto entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.
- 3- Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período, no valor de R\$272.489,54.

O autuado apresentou defesa, fls. 197/215, reconhecendo as infrações 01 e 02, impugnando o lançamento tributário consignado na infração 03.

Diz que a infração 03 decorre do fornecimento de arquivos magnéticos, pelo autuado, com omissão encontrada no registro 75, onde as mercadorias comercializadas não são discriminadas.

Requer a nulidade da infração, pelos motivos abaixo:

- 1- Alega que, ao ser intimado pela fiscalização para proceder à correção das inconsistências apontadas, em momento anterior à autuação, a ora impugnante enfrentou circunstância impeditiva

referente à falta da apresentação da “Listagem Diagnóstica” pelo autuante, prevista no § 3º, do artigo 708-B, do RICMS/97, o que evidencia o cerceamento do direito de defesa que culminou com a lavratura do Auto de Infração em lide.

2- Por falta de demonstração do critério utilizado para determinação da base de cálculo da multa aplica e nem entregou cópia de qualquer demonstrativo que indicasse a fonte do levantamento fiscal e valores, bem ainda, deixou de explicar quais as operações de saídas foram desconsideradas para efeito do somatório mensal com os códigos fiscais respectivos (CFOP), possibilitando a regular conferência pelo autuado. Entende que deveriam ser expurgadas do computo das saídas: as devoluções de mercadorias recebidas em demonstração, em consignações, de bem adquirido para o imobilizado; as remessas para conserto; para demonstração e outras saídas não especificadas.

3- Aduz que, deve-se observar que o enquadramento apresentado pelo autuante refere-se a dispositivo legal posterior à ocorrência dos fatos geradores, o que é inadmissível em razão da irretroatividade da lei tributária.

4- Ante a existência de normas concorrentes, deve ser aplicada a mais favorável e menos onerosa pra o contribuinte.

5- Diz que a multa aplicada tem o caráter confiscatório.

Assevera que se dedica à venda de veículos automotores novos e comercializa partes e peças de reposição, recolhendo todo o ICMS devido por suas operações comerciais por antecipação no regime de substituição tributária.

Requer a redução da multa aplicada uma vez que não decorreu qualquer prejuízo no recolhimento do ICMS, transcrevendo o § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Transcreve trecho dos Acórdãos JJF nº 0174-01/05 e CJF nº 0192-12/05, sobre o tema.

Ao final, requer a nulidade da infração 03 ou a redução da multa aplicada.

Na informação fiscal, fl. 89, o autuante contesta os argumentos defensivos, tendo inicialmente, ressaltado que a ação fiscal foi muito simples, solicitou a apresentação dos arquivos magnético previsto no convênio 57/95, folha 07, para poder proceder as diversas auditorias cabíveis para o tipo de empresa objeto da auditoria. Não obteve êxito, tendo em vista que os arquivos entregues apresentaram inconsistências, tendo re-intimado o autuado, anexando “listagem diagnóstico”, fl. 08 a 12.

Assevera que o autuado informa o registro 75 – descrição do produto ou serviço – com um código único, ou seja, com as informações contidas no arquivo que lhe foi entregue pelo autuado todos os produtos comercializados se resume a um único produto, o que de fato não traduz a realidade e impossibilita, por exemplo, a aplicação do roteiro de Auditoria de Estoque.

Aduz que o argumento defensivo de que os produtos comercializados pela empresa estão no regime de substituição tributária, logo teria cumprido a obrigação principal com a antecipação do imposto, não garante que não há omissão de entrada de produtos no estabelecimento. Havendo omissão de entrada haverá falta de antecipação do ICMS. Diz que, se tivesse os dados dos arquivos magnéticos poderia conferir se houve ou não omissão.

Em relação a listagem diagnóstico, assevera que está presente no processo devidamente assinada pelo contribuinte em três momentos distintos, comprovado que o autuado apontou as diversas inconsistências, folhas 8, 10 e 11.

Quanto a base de cálculo, salienta que a legislação é clara para a aplicação da multa por falta de entrega de arquivo magnéticos, transcrevendo o dispositivo regulamentar da multa aplicada.

No tocante ao argumento em relação a aplicação na lei tributária no tempo, esclarece que a redação original do dispositivo da multa aplicada foi acrescido ao RICMS/97 pela alteração nº 17 (Decreto nº 7.824, de 17/07/00, DOE de 18/07/00). Sendo que a alteração de fevereiro de 2005 veio beneficiar o contribuinte ao limitar a multa de 1% sobre às saídas, quando antes era sobre as entradas e saídas.

Ressalta que não existem normas concorrentes, multa prevista na alínea “g” do inciso XIII-A do artigo 915 deve ser aplicada pela falta de entrega de arquivo magnético mediante intimação, e a alínea “i” pela falta de entrega nos prazos previsto na legislação.

Argumenta que a alegação de que é confiscatória a multa de pouco mais de 272 mil reais para uma empresa que se nega a entregar os dados fiscais para serem submetidos a uma auditoria por parte do preposto da SEFAZ é um exagero, tendo em vista que a empresa apresentou saídas em torno de 58 milhões.

Não concorda com o pedido de redução da multa uma vez que não ficou comprovado de que não houve falta de recolhimento do imposto, uma vez que, como o autuado não entregou os arquivos magnéticos, no formato previsto na legislação, não foi possível aplicar o roteiro de auditoria de estoque.

Argumenta que não faz sentido anexar julgamentos do CONSEF sem os fatos que levaram a tal decisão.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de 03 (três) irregularidades.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a procedência das infrações 01 e 02, estando acostado aos autos à folha 217 cópia de DAE referente ao pagamento. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando devidamente caracterizadas.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita à acusação 03.

Na Infração 03 é imputada ao autuado o fornecimento de informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período.

Em sua peça defensiva o autuado requereu nulidade apresentando diversas alegações, as quais passo a analisar.

Inicialmente afasto as preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que nenhuma das alegações defensivas são causa de nulidade conforme abaixo.

O argumento defensivo de que ao ser intimado para correções dos arquivos magnéticos não recebeu a “Listagem Diagnóstica”, prevista no § 3º do artigo 708-B, do RICMS/97, não pode ser acolhido uma vez que não reflete a verdade comprovada pela prova constante dos autos. O autuante entregou a Listagem Diagnóstico conforme comprovam os documentos de folhas 10/11 e 12 dos autos, sendo concedido o prazo de 30 (trinta) para regularizar os arquivos.

Da mesma forma, não pode ser acolhido o argumento defensivo, de que o autuado não demonstrou como apurou a base de cálculo, uma vez que a mesma encontra-se consignada na própria peça inicial acusatória. A base de cálculo utilizada na autuação é a constante no livro Registro de Apuração de ICMS do Autuado, conforme cópias acostadas às folhas 168 a 194. A título de exemplo cito os meses abaixo:

JANEIRO DE 2003 – A base de cálculo constante do Auto de Infração, fl. 02, é de R\$ 1.940.098,84, que corresponde, exatamente, ao valor escriturado pelo contribuinte autuado em seu livro Registro de Apuração de ICMS, folha 169.

FEVEREIRO DE 2003 - A base de cálculo constante do Auto de Infração, fl. 02, é de R\$ 2.169.125,49, que corresponde, exatamente, ao valor escriturado pelo contribuinte autuado em seu livro Registro de Apuração de ICMS, folha 171.

MARÇO DE 2003 - A base de cálculo constante do Auto de Infração, fl. 03, é de R\$ 2.454.285,78, que corresponde, exatamente, ao valor escriturado pelo contribuinte autuado em seu livro Registro de Apuração de ICMS, folha 173.

Também, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que deveriam ser expurgadas do computo das saídas: as devoluções de mercadorias recebidas em demonstração, em consignações, de bem adquirido para o imobilizado; as remessas para conserto; para demonstração e outras saídas não especificadas, uma que não existe tal previsão legal.

A legislação determina a aplicação de multa específica que será de 1% sobre as saídas, não indicando nenhum tipo de exclusão de qualquer tipo de saída, assim, a base de cálculo é o total das saídas, conforme alínea “g” do inciso XIII-A do artigo 42 da lei 7.014/96, transcrito abaixo:

“Art. 42

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

*g) 1% (um por cento) do **valor das saídas** de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”(Grifo nosso).*

De igual modo, não pode prevalecer o argumento defensivo de existência de normas concorrentes, devendo ser aplicada a mais favorável e menos onerosa para o contribuinte, uma vez que no dispositivo acima transcrito trata de uma multa específica, para a irregularidade praticada pelo autuado, uma vez que, apesar de intimado por mais de uma vez, recebendo a listagem diagnóstica, o autuado entregou os arquivos informando o registro 75 – descrição do produto ou serviço – com um código único, ou seja, todos os produtos comercializados se resume a um único produto, o que de fato não traduz a realidade e impossibilita, por exemplo, a aplicação do roteiro de Auditoria de Estoque. Assim, não resta dúvida que a infração encontra-se caracterizada no final da alínea “g” acima transcrita: “...ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

No tocante ao argumento em relação a aplicação na lei tributária no tempo, como bem esclarece o autuante em sua informação fiscal, a redação original do dispositivo da multa aplicada foi acrescido ao RICMS/97 pela alteração nº 17 (Decreto nº 7.824, de 17/07/00, DOE de 18/07/00). Sendo que a alteração de fevereiro de 2005 veio beneficiar o contribuinte ao limitar a multa de 1% sobre as saídas, quando antes era sobre as entradas e saídas.

Igualmente, o pedido de nulidade sob a alegação de que a multa aplicada tem o caráter confiscatório não pode ser acolhido, uma vez que o percentual da multa é de apenas 1% (um por cento), o qual encontra-se prevista no dispositivo acima transcrito. Ademais, a alegação de confisco encontra-se ligada à arguição de inconstitucionalidade, ressaltando que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Logo, afastado todos os argumentos defensivos nos quais a defesa embasou seu pedido de nulidade, destaco que também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite decretação de nulidade pretendida pelo impugnante.

Analisados os argumentos defensivos acima, somente resta analisar o argumento relativo a operações com mercadorias antecipadas e o pedido de redução de multa.

No tocante ao argumento de vem recolhendo todo o ICMS devido por suas operações comerciais por antecipação no regime de substituição tributária, este fato somente poderia ser comprovado se o contribuinte comprovasse a regularidade de seus estoques no período objeto da auditoria, fato que não ocorreu na presente lide, uma vez que, deliberadamente, pois foi intimado mais de uma vez, impossibilitou a aplicação do Roteiro de Auditoria de Estoque. Assim, não se pode asseverar que ocorreu falta de registro de notas de entradas e o conseqüente falta de recolhimento da ICMS devido por antecipação tributária.

Quanto ao pedido de isenção da multa e dos acréscimos moratórios, também não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Relativamente aos Acórdãos citados pela defesa, observo que os mesmos se referem a situações totalmente diversa da presente lide. Naqueles Acórdãos consta que o autuante não entregou a listagem diagnóstico, Acórdãos JJF nº 0174-01/05, no qual fui o Relator; enquanto que no CJF nº 0192-12/05, a Câmara manteve a decisão da Junta de Julgamento Fiscal prolatada no Acórdão 1ª JJF nº 0038-01/05, entendendo que não ficou caracterizada a divergência de dados constantes dos documentos fiscais, ou fora de padrão.

Assim, entendo que a infração 03 restou caracterizada.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o quantum já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** do Auto de Infração nº **206908.0010/06-5**, lavrado contra **ETOILE DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.745,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 272.489,54**, prevista no inciso XIII-A, “f”, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelecido pela Lei 9.837/05, devendo ser homologado o quantum já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR