

**PROCESSO** - A. I. Nº 298950.0098/10-7  
**RECORRENTE** - DINNI CALÇADOS LTDA.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO -Acórdão 1ª JJF nº 0389-01/10  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 13/12/2011

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0369-12/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Mantida a autuação. Retificado o enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada quanto ao exercício de 2005. Em relação aos exercícios de 2006 e 2007, há inobservância do devido processo legal e insegurança na determinação do montante devido, o que acarreta a nulidade da exigência fiscal quanto a esses dois exercícios, ao teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Infração parcialmente caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infrações parcialmente caracterizadas. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Descumprimento de obrigação tributária acessória. Cabível a multa indicada na autuação. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 6. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo no qual este impugna a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/03/10, o qual exige do autuado crédito tributário no valor de R\$ 13.311,17, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 5. Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 10.039,87, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [do RICMS-BA], nos meses de dezembro de 2005, janeiro, março a agosto e novembro de 2006 e junho a setembro, novembro e dezembro de 2007.

INFRAÇÃO 6. Deixou de entregar arquivo magnético, no prazo previsto na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Foi indicada multa no valor de R\$ 1.380,00. Trata-se da falta de apresentação do arquivo magnético referente ao mês 11/2005.

A Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“(…)

*Na infração 5, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS devido por antecipação tributária, conforme o demonstrativo de fls. 33 a 37 dos autos.*

*O autuado, na defesa, afirma que o imposto cobrado é indevido, pois as mercadorias consignadas nas notas fiscais listadas na autuação retornaram aos estabelecimentos dos fornecedores, uma vez que não estavam de acordo com os pedidos. Como prova desse argumento, acosta ao processo fotocópia da Notas Fiscal de Entrada nº 23212 (fl. 173), emitida pela Vulcabrás do Nordeste S.A., referente ao ingresso das mercadorias que tinham sido enviadas ao autuado por meio da Nota Fiscal de Saída nº 969197 (fl. 174).*

*Na informação fiscal, o autuante acata o argumento defensivo e refaz a apuração do ICMS devido, tendo apurado o débito remanescente de R\$ 9.433,46, conforme demonstrativos às fls. 194 a 197.*

*Efetivamente, no mês de ocorrência de dezembro de 2005, o débito referente à Nota Fiscal nº 969197, no valor de R\$ 62,44, deve ser excluído da autuação, já que ficou comprovado o retorno das mercadorias ao fornecedor. Contudo os débitos atinentes aos demais meses permanecem inalterados, uma vez que o autuado não apresentou nenhuma prova que justificasse outra redução nos valores originalmente cobrados. Dessa forma, deve ser excluído o débito referente ao mês de dezembro de 2005, no valor de R\$ 62,44, o que acarreta a subsistência parcial da infração em comento no montante de R\$ 9.433,46.*

*Quanto à infração 6 – falta de entrega de arquivos magnéticos referentes ao mês 11/2005 –, o autuado afirma que a acusação não procede e, como prova, apresenta o recibo de fl. 180.*

*O recibo apresentado na defesa não elide a infração, pois é referente ao mês de outubro de 2005, ao passo que a infração em comento trata do mês de novembro de 2005. Dessa forma, o descumprimento da obrigação tributária acessória ficara caracterizado e, em consequência, é cabível a multa indicada na autuação, no valor de R\$ 1.380,00.*

*Voto pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 11.182,66, para julgar procedentes as infrações 1, 2 e 6, e procedentes em parte as infrações 3, 4 e 5.”*

O sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, alegando, primeiramente, que em relação à infração 5, as operações que deram margem à exigência não foram concluídas. Assim, os produtos não chegaram a ingressar no estabelecimento do recorrente, o que o exime da obrigação cobrada. Não existe no PAF qualquer comprovação da efetividade das operações, sequer as notas fiscais com comprovações da efetivação das entradas. E se as entradas não existiram, é evidente que não cabe a exigida antecipação, posto que não foram realizadas operações futuras, não havendo necessidade do encerramento da fase de tributação. Pede inclusive que o CONSEF apure se o recorrente recebeu cópias das notas fiscais que permitiriam concluir acerca da finalização dos negócios. Assim sendo, o recorrente entende que como não se tem comprovação da transferência de titularidade, ou seja, só houve circulação física, não pode ser cobrado ICMS da operação, com base no previsto na Súmula nº 166 do STJ e transcreve a referida Súmula..

No que concerne ao item 06, salientou que a defesa juntou equivocadamente o comprovante de transmissão do arquivo magnético relativo ao mês de outubro de 2005, quando a autuação é pertinente ao mês de novembro de 2005. Sem embargo da possibilidade da apresentação do

recibo correto, não consta do PAF que houve intimação para a apresentação do arquivo, não cabendo a aplicação do dispositivo concernente ao art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96, no caso de falta de “transmissão”.

Concluiu requerendo o Provimento do presente Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, emitiu o seu Parecer opinativo, no qual alega que o recorrente não trouxe prova do alegado no que concerne a infração 5.

Já na infração 6, alega que a multa aplicada ao autuado refere-se ao descumprimento da obrigação acessória de entregar ao fisco arquivo magnético.

Observou que em sede de Recurso Voluntário não fora apresentado pelo recorrente qualquer dado fático ou jurídico capaz de provocar a modificação da Decisão de Primeira Instância administrativa, com a qual nos coadunamos integralmente.

Concluiu opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

#### **VOTO (Vencido quanto à infração 6)**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão de 1º grau em relação às infrações 5 e 6 do Auto de Infração em epígrafe.

No tange **a infração 5**, constato que o recorrente afirma que não houve a transferência de titularidade das mercadorias, requerendo que se apure se recebeu as notas fiscais que deram origem a infração, pois nesse caso não caberia a incidência do ICMS com base na Súmula nº 166 do STJ.

Compulsando os autos, verifiquei que todas as notas fiscais de devolução apresentadas pelo recorrente foram excluídas pelo autuante, ficando aberta à possibilidade de acatar as novas notas de devolução confirmadas pela Transportadora.

Todavia, até o presente momento, o recorrente não acostou aos autos novas notas que pudessem comprovar a devolução de outras mercadorias alvos da imputação fiscal em lide. Assim sendo, a Decisão da 1ª Instância foi correta ao acatar a revisão feita pelo autuante nos termos constantes na informação fiscal acostado à fls. 183/186 dos autos. Desse modo, reduz-se o débito desta infração 5 para R\$ 9.433,46, conforme demonstrativos às fls. 194 a 197.

Ademais, a simples alegação de que o Fisco pode apurar se existe as notas fiscais de entrada que caracterizasse a efetivação do negócio, não pode ser acolhida, cabendo ao sujeito passivo acostar as notas fiscais que demonstrassem a devolução das mercadorias, tal como foi feito através da juntada de fotocópia da Nota Fiscal de Entrada nº 23212 (fl. 173), emitida pela Vulcabrás do Nordeste S.A., referente ao ingresso das mercadorias que tinham sido enviadas ao recorrente por meio da Nota Fiscal de Saída nº 969197 (fl. 174). Nesta esteira de análise, afasto a arguição do recorrente, para manter a Decisão recorrida relativa a esta infração.

No que se refere à **infração 6**, o recorrente sustenta que juntou, equivocadamente, o comprovante de transmissão do arquivo magnético relativo ao mês de outubro de 2005, quando a autuação é pertinente ao mês de novembro de 2005. Entende que, sem embargo da possibilidade da apresentação do recibo correto, não consta do PAF que houve intimação para a apresentação do arquivo.

Analisando os documentos acostados aos autos, pude verificar que houve a necessária saciedade da infração, uma vez que o protocolo do TED apresentado pelo recorrente, acostado à fl. 180 é referente ao mês 10/2005 (outubro) quanto que a cobrança que gerou esta infração é referente ao mês de 11/2005 (novembro), razão pela qual não assiste razão ao argumento do recorrente. Portanto, fica caracterizado o descumprimento da obrigação tributária acessória, cabendo a multa aplicada de R\$ 1.380,00. Todavia, com base no previsto no §7º, Art. 42 da Lei nº 7.014/96, por entender que não houve prova de fraude, dolo ou simulação, de ofício, voto para reduzir a

referida multa, por descumprimento de obrigação acessória, em 50% do seu valor histórico julgado, ou seja, a multa fica reduzida para R\$690,00.

Por tudo quanto analisado, à luz dos documentos e da legislação aplicável, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, reduzir a infração 6 em 50% do seu valor julgado.

#### **VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 6)**

A imputação 6 do Auto de Infração trata de falta de envio, a esta SEFAZ, do arquivo magnético objeto do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com mercadorias e Serviços - SINTEGRA referente ao mês 11/2005, no prazo previsto na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados - TED, tendo sido indicada, no Auto de Infração, a penalidade no valor fixo de R\$1.380,00 prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

Compulsando os autos deste processo verifico que a infração encontra-se caracterizada, e o recorrente não apresenta provas do envio do mencionado arquivo magnético.

Com a devida *vênia* discordo do ilustre Conselheiro Relator quanto à redução do valor de multa a ser aplicado ao contribuinte em razão desta imputação, porque neste caso concreto não se encontra provado, também, que o sujeito passivo tenha agido sem dolo, fraude, ou simulação, e nem que a falta de envio de tal arquivo magnético, que se constitui em importante mecanismo de controle da fiscalização tributária, não tenha implicado falta de recolhimento de imposto. Assim não se configura, no caso concreto, a hipótese prevista no 7º do 42 da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, embora acompanhe em todos os demais termos o voto do digno Conselheiro Relator, peço licença e, considerando que em relação à Infração 6 aplica-se a multa no valor histórico de R\$1.380,00, tal como indicada no Auto de Infração e decidido pela primeira instância de julgamento, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto mantendo-se, em todos os termos, a Decisão recorrida.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à infração 6, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298950.0098/10-7**, lavrado contra **DINNI CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.796,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$1.385,70**, previstas no art.42, XI e XIII-A, “i”, da citada Lei, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 6) – Conselheiros(as): Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto à infração 6) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois, José Antonio Marques Ribeiro e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO VENCIDO  
(Quanto à infração 6)

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO VENCEDOR  
(Quanto à infração 6)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS