

**A. I. Nº** - 180597.0006/12-5  
**AUTUADO** - AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA  
**AUTUANTE** - ARISTÓVIO FERNANDES PINHEIRO DA FONSECA  
**ORIGEM** - INFAZ IPIAÚ  
**INTERNET** - 23/05/2013

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0120-03/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E ANTECIPAÇÃO DO FATO GERADOR. O ICMS/ST deve ser recolhido pelo contribuinte adquirente de mercadorias submetidas a este regime e oriundo de outras unidades da Federação. 2. ICMS LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. O ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios deve ser recolhido nos prazos regulamentares. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O lançamento em epígrafe exige ICMS e multa decorrente do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89;

Infração 02: Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios;

O contribuinte apresenta tempestivamente a sua impugnação aduzindo em seu favor os argumentos que a seguir resumimos: inicialmente refere-se a inexistência dos fatos geradores do ICMS por antecipação tributária no presente Auto de Infração e faz comentários a respeito desta forma de tributação mencionando decisões judiciais sobre o tema. Observa que não ocorreu a hipótese descrita pelo autuante e que além de ter sido o autuado pelo não recolhimento do ICMS antecipado devido por substituição tributária também foi autuado por falta de pagamento de ICMS lançado em livros fiscais sendo que esta última infração comprova a absoluta regularidade da conduta do autuado de efetuar os registros contábeis de todas as mercadorias que ingressam ou saem do seu estabelecimento comercial, ainda que, por circunstâncias econômicas adversas à atividade empresarial que desenvolve, eventualmente não possa recolher o tributo lançado, como ocorreu. Observa que embora submetido circunstâncias econômicas adversas, no período compreendido entre 31/08/2010 a 31/12/2010, a autuada efetuou o lançamento do ICMS devido, embora não o tenha recolhido e conclui que “isso, por si só, comprova o hábito que possui a impugnante de cumprir com suas obrigações tributárias acessórias, ainda que sem recursos para arcar com a principal, que é a de verter para os cofres públicos o tributo devido”. Entende que os “livros fiscais da autuada, assim, devem ser levados em consideração em relação à presunção, repise-se, relativa, de ocorrência do fato gerador na antecipação tributária por substituição” e prossegue: “E, destarte, se não há registro nos livros fiscais de entrada das mercadorias com base nas quais se apurou o ICMS cujas notas fiscais foram registradas nas barreiras fiscais tendo a autuada como compradora, é porque ditas mercadorias jamais chegaram ao seu estabelecimento comercial! E Qual(ou quais) a(s) explicação (explicações) existente(s) para tanto, então? Ele mesmo responde: “É cediço que tem sido comum que estabelecimentos comerciais diversos, de

má-fé e com a intenção de se furtar ao pagamento do tributo devido, têm efetuado compras, em todo o Estado da Bahia, utilizando-se do número de inscrição estadual de empresas idôneas, com crédito no mercado e regularidade fiscal. Assim, de maneira criminoso, efetuam compras junto a grandes fornecedores de mercadorias, fornecendo os dados de CNPJ e inscrição estadual de empresas sérias. Afirma que “diversas denúncias fiscais já foram protocoladas na Secretaria da Fazenda, por muitos empresários, dando conta dessa situação catastrófica”.

Argumente em seu favor que “A escrituração fiscal, nesse caso, deve prevalecer, pois também possui presunção de veracidade. Como dito, a antecipação do ICMS por substituição tributária é uma presunção apenas relativa de que o futuro fato gerador venha a ocorrer, admitindo prova em contrário. Nesse caso, a prova em contrário é justamente a escrituração contábil-fiscal da autuada, a militar em seu favor, dadas as circunstâncias antes descritas.” Comenta a respeito do tema e traz a colação decisão do STJ neste sentido.

Destaco por pertinência um trecho da referida decisão que inclusive foi também destacada pela autuada: É dever da empresa recorrente manter a correta escrituração dos seus livros fiscais, fazendo estes inclusive prova em contrário com presunção relativa de veracidade. Em seguida aduz em seu favor o argumento de que “na apuração do respectivo ICMS não foi levado em conta a natureza não cumulativa do tributo”. E acrescenta: “Admitindo que a o fato gerador tenha ocorrido, certamente o tributo em questão seria infinitamente menor do que aquele apurado pela fiscalização, isso porque o montante a ser pago de ICMS na operação de venda das mercadorias seria abatido com o montante devido na antecipação tributária, fazendo-se incidir a alíquota do ICMS, basicamente, sobre o resultado da diferença entre o preço de venda e o preço de compra das mercadorias.”

Entende que o fisco deveria “arbitrar o valor de venda das mercadorias, com base numa estimativa razoável de lucro, apurar o ICMS devido nesta operação e abater do ICMS devido na operação de entrada (devido por substituição tributária), para então apurar o valor efetivamente devido.” E que “Não tendo adotado essa sistemática, o Fisco impôs um ônus excessivamente grande ao contribuinte, violando a natureza não cumulativa do tributo, pois não levou em conta eventual crédito de ICMS. Caso o Auto de Infração seja julgado procedente, mantendo-se os respectivos débitos, deve-se, ao menos, reconhecer ao autuado o direito de se compensar nas futuras operações, por força da não cumulatividade do tributo.

Entende que a multa aplicada, de 60% (sessenta por cento)”é absolutamente fora de propósito e confiscatória”. Cita decisão do STF sobre o assunto. Ao final requer seja o presente Auto de Infração julgado absolutamente improcedente.

O Auditor fiscal autuante informa que o defendente apenas tentou confundir os julgadores e faltou com a verdade pois as notas fiscais objeto da autuação e relativos a infração 01 foram fornecidas pela própria empresa autuada. Quanto ao ICMS lançado e não recolhido as informações constam de demonstrativos e livros devidamente escriturados pela autuada.

## **VOTO**

Como vimos no relatório acima as duas infrações cometidas pelo contribuinte foram devidamente comprovadas. Os argumentos apresentados na impugnação não foram acompanhadas das devidas provas.

O argumento da possibilidade de inoccorrência do fato gerador presumido é perfeitamente aceitável pela Fazenda Pública bastando para isto que o contribuinte comprove. Também é verdade que pode ocorrer o uso indevido de dados dos contribuintes cabendo a ele provar que efetivamente isto ocorreu. No caso em tela o argumento desacompanhado da prova material não pode ser devidamente considerado.

E um fato que no caso em tela não deixa dúvidas sobre a legalidade e legitimidade da autuação é que as notas fiscais objeto da autuação foram coletadas junto ao próprio contribuinte e os valores do ICMS não recolhido tempestivamente foram declarados e escriturados também pelo autuado.

Quanto ao caráter confiscatório ou não das penalidades entendo que apesar de gravoso para o infrator as sanções pecuniárias aplicadas decorrem da lei cabendo ao seu destinatário cumpri-la ou tomar as medidas legais necessárias a sua retirada do “mundo jurídico”. A aplicação do princípio do não-confisco às penalidades pecuniárias é matéria, como colocou o Autuado, apreciada por Tribunais Superiores mas que ainda não foi consolidada e tampouco absorvida enquanto posicionamento político de tributação pelos legisladores.

Inclino-me portanto no sentido de que o lançamento de ofício seja julgado totalmente procedente e é assim que voto.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180597.0006/12-5**, lavrado contra a **AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 526.818,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR