

PROCESSO - A. I. Nº 180597.0006/12-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.
RECORRIDOS - AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0140-03/15
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/12/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0296-11/19

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Em relação às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Comprovado existir operações, em certos períodos, sujeitas a acordos interestaduais. Exclusão da responsabilidade do recorrente. Razões recursais parcialmente providas. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Razões recursais incapazes de modificar o Acórdão recorrido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0140-03/15, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$526.818,89, em razão da constatação de duas irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício a infração 1 e do Recurso Voluntário as infrações 1 e 2, a seguir descritas:

Infração 1: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$432.989,04, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionada no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro de 2009 a novembro de 2010.

Infração 2: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, no valor de R\$93.829,85, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de agosto a dezembro de 2010.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$437.716,92, após rejeitar a preliminar de nulidade, por considerar que o lançamento de ofício preenche todos os requisitos do devido processo legal, diante dos seguintes entendimentos, quanto ao mérito:

Em relação à infração 1:

[...]

O autuante informou à fl. 75 que o defendente foi intimado, em 31/05/2014, mas não entregou as notas fiscais de compras efetuadas. Também informou que requisitou as notas fiscais eletrônicas junto ao Sistema SEFAZ/BA e elaborou novo demonstrativo com os dados solicitados no item 2 do encaminhamento da diligência, conforme fls. 76 a 82 do PAF. Também acostou aos autos os comprovantes do ICMS lançado e não recolhido (infração 01).

Nas razões defensivas apresentadas após reabertura do prazo de defesa, o autuado alegou que em relação à antecipação tributária, não ocorreu o fato gerador do imposto, porque não houve entrada e, por consequência, saída das mercadorias. Afirmou que parte o fisco da presunção de que a existência de notas fiscais em nome do autuado é suficiente o bastante para configurar a ocorrência do fato gerador. Entendeu que as cópias de notas fiscais que acompanharam a intimação não demonstram, nem comprovam que tenham as mercadorias ali indicadas adentrado ao estabelecimento do impugnante, e que é certo que aquelas notas fiscais jamais foram apresentadas ao Fisco pelo impugnante.

Observe que o levantamento fiscal foi efetuado com base em Nota Fiscal Eletrônica, encontrando-se identificada a chave de acesso para necessária consulta. Neste caso, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado que houve a realização de operação sujeita à substituição tributária.

A Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos, e o DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso.

Quanto ao argumento do autuado de que não adquiriu as mercadorias, constato que o emitente do documento fiscal objeto da autuação pode ser identificado por meio do DANFE e respectiva chave de acesso. Neste caso, se houve utilização indevida de dados cadastrais pelo fornecedor, o destinatário (autuado), visando se ressarcir de danos morais e materiais, pode acionar judicialmente o fornecedor, haja vista que o remetente das mercadorias poderá ser obrigado a ressarcir o dano moral pela utilização indevida da razão social e dados cadastrais do destinatário, além de ser obrigado ao pagamento ao valor exigido no Auto de Infração, ficando caracterizada a prática de crime contra a ordem tributária, sujeitando-se ao devido processo penal a ser movido pelo Estado.

A alegação defensiva não pode ser acolhida no sentido de anular a autuação fiscal, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à entrada neste Estado de mercadorias sem o devido pagamento do imposto, e este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas. A existência das referidas notas fiscais eletrônicas é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir a exigência fiscal. Ou seja, as notas fiscais obtidas pela fiscalização deste Estado indicam que as mercadorias circularam no território baiano.

O defendente também alegou que, admitindo que o fato gerador tenha ocorrido, o tributo em questão seria infinitamente inferior do que aquele apurado pela fiscalização, isso porque o montante a ser pago do ICMS na operação de venda das mercadorias seria abatido com o montante devido na antecipação tributária, fazendo-se incidir a alíquota do ICMS sobre o resultado da diferença entre o preço de venda e o preço de compra das mercadorias. Caso o Auto de infração seja julgado procedente, mantendo-se os respectivos débitos, entende que se deve, ao menos, reconhecer ao autuado o direito de se compensar nas futuras operações, por força da não cumulatividade do tributo.

Não acato a alegação defensiva, considerando que em relação ao cálculo do imposto relativo à antecipação tributária, na apuração do tributo devido são deduzidos os créditos destacados no documento fiscal, ou seja, o imposto a ser antecipado será calculado aplicando-se a alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo prevista na legislação, e do valor do imposto resultante será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

Por outro lado, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, ficando vedada a utilização de crédito fiscal. Isso implica dizer que, com o encerramento da fase de tributação, houve a realização efetiva do fato gerador presumido e, salvo exceções expressas na legislação, não há crédito fiscal a ser utilizado, tanto em relação ao ICMS da operação normal como o imposto antecipado.

O defendente deveria apresentar as provas do não cometimento das infrações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras comprovações, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Em relação às notas fiscais que não foram localizadas e não constam no PAF, não deve ser exigido o imposto,

haja vista que não há comprovação do fato e da base de cálculo do imposto exigido, constituindo cerceamento do direito de defesa, e de forma correta, não foram incluídas no levantamento do autuante quando efetuou a revisão do lançamento.

Sobre os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, constatei que houve redução do valor exigido, haja vista que foram utilizadas apenas as Notas Fiscais Eletrônicas, de acordo com a informação fiscal e o levantamento efetuado às fls. 76 a 82. Foi incluído o débito relativo ao mês de dezembro de 2010 (R\$31.600,80). Entretanto, o referido mês não constou no demonstrativo de débito original, devendo ser mantidos apenas os valores correspondentes aos meses lançados originariamente, considerando que no julgamento é vedado majorar valores originalmente lançados no Auto de Infração.

Neste caso, o débito relativo ao mês 12/2010, somente pode ser exigido mediante novo procedimento fiscal, podendo o contribuinte, antes de nova ação fiscal sanar a irregularidade, eximindo-se de sanções. Dessa forma, o débito apurado ficou reduzido, totalizando R\$343.887,07, conforme quadro abaixo, elaborado com base no levantamento fiscal (fls. 76 a 82).

[...]

Concluo pela subsistência parcial da infração 01, considerando que em relação às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, e não houve comprovação pelo defendente quanto ao pagamento do imposto apurado.

Quanto à infração 2:

O autuante esclareceu que em relação ao ICMS lançado e não recolhido, no valor total de R\$93.829,85, os valores exigidos estão devidamente escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS, e o autuado afirmou nas razões de defesa, que no período compreendido entre 31/08/2010 e 31/12/2010, efetuou o lançamento do ICMS devido, embora não o tenha recolhido.

Considerando que não ficou comprovado pelo defendente o pagamento de ICMS lançado no livro RAICMS, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

Assim, a JJF concluiu pela procedência parcial da infração 1 e pela procedência da infração 2, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 318 a 337 dos autos, o recorrente, preliminarmente, arguiu a nulidade do Auto de Infração sob as seguintes justificativas:

1. Ocorrência de “três infrações”, fato que se constitui em dificuldade de produção de defesa, o que enseja a nulidade do lançamento de ofício.
2. Falta de concreta descrição do fato gerador do tributo, limitando-se a imputar o não recolhimento do ICMS sem, contudo, discriminar elementos mínimos necessários ao conhecimento da autuação e, assim, garantir ao contribuinte o direito de defesa.
3. A própria configuração da responsabilidade tributária do autuado resta nula, visto que a infração 1, enquadrada no art. 125, II, “b”, do RICMS/97, só pode ser exigida do destinatário das mercadorias supletivamente, ou seja, após restar cabal e formalmente materializada nos autos a impossibilidade de exigência do tributo ao remetente das mercadorias, o que não ocorreu, tendo a JJF tentado sanar o citado vício ao esclarecer que a norma não teria aplicação em caso de inexistência de convênio entre as unidades federativas, cujo teor deveria constar inicialmente dos autos, inclusive, para contestá-lo.

No mérito, em relação à infração 1, o recorrente diz que, boa parte das notas fiscais utilizadas para lastrear a autuação, são de aquisições de mercadoria no próprio Estado da Bahia e, assim, não poderia o autuante aplicar indiscriminadamente a alíquota interestadual sobre todas as aquisições, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade, cujo procedimento elevou, aproximadamente, em 150% o valor do tributo devido, o que, de pronto, demonstra a insubsistência do auto de infração, devendo o mesmo ser anulado, determinando-se a realização de novo auto de infração, com aplicação correta das alíquotas.

Salienta que a situação salta ainda mais aos olhos quando se observa que, para além de aplicação de alíquota interestadual, houve tributação (com alíquota de 17%!) sobre produtos isentos, como por exemplo, feijão, farinha de mandioca e arroz, o que beira ao absurdo, criando tributo onde

seria impossível fazê-lo, devendo o presente auto de infração ser julgado totalmente insubsistente.

Em seguida, o recorrente destaca inexistir os fatos geradores do ICMS por antecipação tributária, visto que não ocorreu o fato gerador da infração 1, pois não houve entrada e, por consequência, saída, das mercadorias objeto de apuração no estabelecimento do contribuinte, sendo imprópria a presunção do fisco de que a existência de notas fiscais em nome da autuada é suficiente o bastante para configurar a ocorrência do fato gerador, haja vista que as cópias de pretensas notas fiscais que se fizerem acompanhar a intimação não demonstram, nem comprovam, que tenham as mercadorias ali indicadas adentrado ao estabelecimento, sendo certo que aquelas notas jamais foram apresentadas ao fisco pelo contribuinte. Logo, se não comprovam o ingresso no estabelecimento, às mercadorias indicadas não podem, por isso, fazer qualquer prova de ocorrência de fato gerador de tributo.

Diz não proceder a afirmação do autuante, à fl. 29 dos autos, de: *“Portanto o argumento do empresário não se sustenta, pois as notas fiscais, objeto da autuação foram fornecidas pela própria empresa autuada. Tudo conforme ‘Termo de intimação e apresentação de livros e documentos fiscais’ em anexo”*, pois, o próprio auditor fiscal reconhece, à fl. 75, no item *b*, que a empresa autuada não entregou qualquer nota ao fisco (seria impossível entregar o que não se detém) ao afirmar: *“o preposto fiscal, requisitou no sistema da Sefaz/BA, as notas fiscais eletrônicas, de compras interestaduais”* (sic).

Assim, diz que só existência de notas fiscais não importa, em absoluto, o reconhecimento da efetiva entrada de mercadorias no estabelecimento da empresa autuada, sobretudo quando o próprio contribuinte não reconhece tais aquisições, não as escritura, comunica ao fisco acerca do uso indevido dos seus dados cadastrais e o próprio autuante não tem a certeza sobre a ocorrência do fato gerador, ainda mais quando não há qualquer referência nos autos acerca da origem de tais notas fiscais, pois, não existe Termo de Arrecadação que pudesse inferir que tais notas estivessem de posse da empresa autuada.

Destaca que a antecipação tributária do ICMS se constitui numa sistemática de apuração e cobrança do tributo estadual na qual o fato gerador é considerado ocorrido antes mesmo da efetiva saída ou entrada da mercadoria no estabelecimento comercial respectivo, por ocasião do mero ingresso de mercadorias no território do respectivo Estado-Membro do contribuinte do Imposto, com o registro das respectivas Notas Fiscais no sistema de Fiscalização instalado nas fronteiras entre os Estados. Logo, trata-se de uma presunção criada pela Lei e pela Constituição Federal, a fim de facilitar a fiscalização da arrecadação do ICMS. Contudo, é preciso aduzir que tal presunção não é absoluta, mas meramente relativa, ou seja, admite prova em contrário por parte do contribuinte, pois, caso as mercadorias adquiridas jamais cheguem às mãos do contribuinte, o tributo não será devido, sob pena de se cair em confisco.

Assim, o recorrente sustenta que, na específica hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido na substituição tributária, não há tributo algum a pagar ou, já tendo sido o mesmo pago, é o caso de se operar a restituição do indébito. Cita jurisprudência.

O sujeito passivo salienta que a exigência relativa à infração 2 vem comprovar a absoluta regularidade da sua conduta 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, pois, ainda que submetido a tais circunstâncias adversas, efetuou todos os lançamentos do ICMS devido.

Segundo o recorrente, a indicação do fisco de que houve recolhimento a menor, por si só, comprova o hábito que possui o contribuinte 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. Logo, seus livros fiscais devem ser levados em consideração em relação à presunção, repise-se, relativa, de ocorrência do fato gerador na antecipação tributária

por substituição, do que reitera suas alegações de uso indevido de seus dados cadastrais para se eximir da primeira infração, pois entende que a escrituração contábil do sujeito passivo da obrigação é prova igualmente hábil para elidir a presunção relativa, cabendo ao fisco a contraprova de que as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento da empresa.

Assim, aduz o recorrente restar patente a não comprovação, por parte do fisco, da ocorrência do fato gerador do ICMS em questão, mormente quando a empresa autuada consegue trazer à baila provas e circunstâncias capazes de infirmar a presunção relativa da ocorrência do fato gerador na sistemática da substituição tributária.

Em seguida, o apelante ressalta que, admitindo que a o fato gerador tenha ocorrido, tal exação se constituiu em verdadeiro *bis in idem*, na medida em que olvidou para o postulado constitucional da não cumulatividade do tributo em questão, pois, o Fisco ao exigir o ICMS fazendo incidir a alíquota de 17% sobre o total das notas fiscais em questão, como se o fato gerador presumido do tributo realmente tivesse ocorrido, sem abater eventual diferença na suposta operação de venda das mercadorias, o ICMS acabou sendo exigido de maneira cumulativa, violando a legislação de regência. Assim, caso o Auto de Infração seja julgado procedente, deve-se, ao menos, reconhecer ao autuado o direito de se compensar nas futuras operações, por força da não cumulatividade do tributo, isso considerando que de fato tenha havido o fato gerador presumido pela substituição tributária, o que jamais ocorreu.

Ainda o sujeito passivo insurge-se quanto à multa aplicada de 60% por considerá-la absolutamente fora de propósito e confiscatória, visto que, em nenhuma das infrações, agiu com má-fé, haja vista que, na primeira, não houve sequer a aquisição das mercadorias indicadas e, em relação à segunda infração, houve a correta escrituração da entrada das mercadorias, mas, por questões mercadológicas, não conseguiu adimplir com o pagamento do imposto no prazo. Portanto, é impossível falar em má-fé por parte da autuada a justificar a imposição de penalidade tão gravosa. Cita jurisprudência.

Assim sendo, segundo o recorrente, também em relação à multa imposta deve o Auto de Infração ser julgado absolutamente improcedente, do que ressalta a possibilidade do órgão julgador rever a multa aplicada, nos termos do art. 42, § 8º da Lei nº 7.014/96.

Requer que sejam julgadas improcedentes as exações ou determinada a anulação do Auto de Infração para que seja lançado novamente com identificação das infrações cometidas, fazendo-se correta capitulação e corrigindo-se as alíquotas aplicadas, promovendo-se a competente dedução dos valores do ICMS recolhidos de mercadorias adquiridas de outros estados da Federação, abrindo-se novo prazo para impugnação.

Às fls. 342 a 345 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, pois, em relação ao argumento de suposta violação ao contraditório, por supostamente violar a ampla defesa a imputação de mais de 03 (sic) infrações no mesmo lançamento, o parecer da PGE/PROFIS é de que não há como se emprestar guarida por inexistir na legislação qualquer norma que impeça o lançamento de mais de uma conduta infracional num mesmo auto de infração, como também por ter sido imputado ao autuado apenas duas infrações.

Quanto à tese de que não foram devidamente descritas as condutas infracionais, o opinativo é de que também não merece suporte porquanto devidamente esmiuçado em demonstrativos analíticos as infrações, em especial a exação 1, sendo toda documentação objeto a autuação de posse e conhecimento do contribuinte, seja nos seus livros fiscais, seja no ambiente virtual da NF-e.

Inerente à tese de que a responsabilidade assacada no lançamento seria supletiva, sendo necessária a prova da impossibilidade do recolhimento do imposto pelo remetente, a PGE/PROFIS sustenta que não tem como se albergar, tendo em vista que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, em que não existe convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do

imposto no prazo regulamentar, sendo uma responsabilidade própria e não subsidiária.

Em referência à tese da inexistência dos fatos geradores do ICMS por antecipação tributária pela ausência de prova do ingresso das mercadorias no estabelecimento, segundo a PGE/PROFIS, também não merece abrigo, visto que a infração teve como amparo notas fiscais eletrônicas emitidas para o autuado, consoante DANFES e NF-e acostadas, cabendo ao recorrente a colação de provas robustas de que não realizou as operações listadas na autuação.

O opinativo salienta que, analisando os DANFES acostados aos autos, a maioria das operações, quase 99%, refere-se à compra de açúcar, vendido por Usinas de Açúcar e Álcool, sendo a atividade primária do recorrente o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, especialmente açúcar e bebidas.

Assim, em face do expendido, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido na infração 1 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação às duas infrações do Auto de Infração.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram revisados e reformados pelo próprio autuante, conforme planilhas às fls. 76 a 82 dos autos, as quais foram fundamentadas nas Notas Fiscais Eletrônicas representadas pelos DANFE, constantes às fls. 83 a 239 dos autos, excluindo do lançamento vestibular as notas fiscais que não foram localizadas e não constam nos autos, uma vez que não há comprovação da operação comercial e da base de cálculo do imposto exigido quanto a estas notas fiscais, eliminando o cerceamento do direito de defesa, conforme prolatado no Acórdão CJF nº 0506-13/13 (fls. 57 a 59), de cujo saneamento processual foi o contribuinte cientificado e reaberto o prazo de defesa, sendo-lhe, naquela oportunidade, lhe entregue todos os documentos (fls. 76 a 239), consoante documento à fl. 268 dos autos, o que reduziu o valor inicialmente exigido de R\$432.989,04 para R\$343.887,07, conforme demonstrado à fl. 308 dos autos, com o que concordo.

Assim, entendo correta a Decisão e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às preliminares arguidas no Recurso Voluntário, vislumbro serem impróprias para comprovar a existência de vícios no devido processo legal, após o saneamento processual ocorrido e a reabertura do prazo de defesa, inexistindo violação ao contraditório e a ampla defesa o fato de o lançamento de ofício conter duas infrações, como alega o recorrente.

Registre-se que, ao contrário do que aduz o apelante, as infrações foram devidamente descritas e fundamentadas em notas fiscais, nas quais constam dados cadastrais e mercadorias condizentes com a atividade de atacadista de produtos alimentícios do recorrente, o que são provas suficientes da realização das operações, independentemente de ter o contribuinte fornecido os documentos fiscais ao Fisco, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo recorrente, com o fim de destituir as existentes nos autos, haja vista que, nos termos do art. 231-G, § 12 do RICMS/97, o emitente do documento fiscal eletrônico deverá, obrigatoriamente, encaminhar ou disponibilizar download do arquivo eletrônico e seu respectivo protocolo de autorização ao destinatário e, em consequência, o destinatário tem como obrigação constatar no Portal da Nota Fiscal Eletrônica os documentos fiscais emitidos contra si e, no caso, de operações simuladas com seus dados cadastrais pelo remetente, tomar tempestivamente as devidas providências judiciais e fiscais.

Quanto à alegação recursal de apenas existir responsabilidade supletiva do recorrente, após a

prova da impossibilidade da exigência do imposto pelo remetente, conforme se verifica das 157 notas fiscais das aquisições interestaduais, às fls. 83 a 239 dos autos, a maior parte (135) refere-se ao produto açúcar e a menor parte (22) de bebidas alcoólicas.

Logo, conforme planilhas, às fls. 76 a 80 dos autos, inexistem as alegadas mercadorias isentas (feijão, arroz, etc.) e muito menos *bis in idem*, quando da exigência do ICMS antecipado, visto que não comprovado pelo alegante a existência de tributação normal de tais produtos, o que caracterizaria em indébito fiscal, cuja reparação carece de rito processual próprio junto à repartição fiscal do domicílio do contribuinte, não sendo oportuno neste processo administrativo fiscal. Assim, concluo como impertinentes tais razões recursais.

Observa-se que as aquisições interestaduais de açúcar ocorreram nos Estados de Goiás, Alagoas, Espírito Santo e Pernambuco, cujos Estados, com exceção do Espírito Santo, não são signatários do Protocolo ICMS 21/91 e, em consequência, a responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS é do adquirente nas aquisições de açúcar oriundas dos Estados de Goiás, Alagoas e Pernambuco, não signatários do Protocolo ICMS 21/91.

Por sua vez, as aquisições de bebidas alcoólicas ocorreram no Estado de São Paulo, o qual, juntamente com a Bahia, é signatário do Protocolo ICMS 107/09, de 10/08/09, que atribui ao estabelecimento remetente a responsabilidade do ICMS-ST nas operações subsequentes.

Considerando que, nos termos do art. 6º, XV da Lei nº 7.014/96, *só a partir de 31/03/10*, o adquirente é responsável solidário pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário, como é o caso destes fornecedores das mercadorias.

Conclui-se que:

1. nas aquisições de açúcar no Estado do Espírito Santo, por força do Protocolo ICMS 21/91 e de ainda não vigor a responsabilidade solidária do adquirente, prevista no art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade pelo recolhimento da antecipação tributária do ICMS *não* deve ser atribuída ao adquirente, ora recorrente, relativa aos períodos de maio, julho e agosto de 2009, devendo ser excluídas tais operações do levantamento fiscal, às fls. 76 e 77 dos autos;
2. nas aquisições de bebidas alcoólicas no Estado de São Paulo, o fato de o Protocolo ICMS 107/09 só vigor a partir de 01/11/09 (cláusula nona), o adquirente, ora recorrente, é o responsável pela antecipação tributária do ICMS no período anterior ao citado acordo interestadual. Contudo, o adquirente fica eximido da responsabilidade lhe imposta no período entre as vigências do acordo interestadual (01/11/09) e da responsabilidade solidária do adquirente, prevista no art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96, a partir de 31/03/10.

Inerente à infração 2, as razões recursais servem apenas como reconhecimento da exação ao aduzir, à fl. 328 dos autos, que “... *ainda que, por circunstâncias econômicas adversas à atividade empresarial que desenvolve, eventualmente, não possa recolher o tributo lançado, como ocorreu.*”. Assim, considero ineptas, por falta de fundamento, as razões atinentes.

Por fim, no que diz respeito à multa aplicada ser confiscatória, falece de competência este órgão julgador a sua análise, nos termos previstos no art. 125, I da Lei nº 3.956/81. No tocante ao pleito recursal do órgão julgador rever a multa aplicada, nos termos do art. 42, § 8º da Lei nº 7.014/96, há de ressaltar que tal dispositivo legal foi revogado pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, restando também prejudicada a análise.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, apenas em relação à primeira infração, consoante planilhas às fls. 76 a 80 dos autos, conforme a seguir:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	DECISÃO J1F	VLR. A EXCLUIR	DECISÃO CJF	ITENS
------------	------------	-------------	----------------	-------------	-------

31/01/2009	09/02/2009	16.978,33	-	16.978,33	
28/02/2009	09/03/2009	14.267,41	-	14.267,41	
31/03/2009	09/04/2009	2.943,67	-	2.943,67	
30/04/2009	09/05/2009	6.755,78	-	6.755,78	
31/05/2009	09/06/2009	11.494,37	4.055,81	7.438,56	Açúcar (ES)
30/06/2009	09/07/2009	12.844,78	-	12.844,78	
31/07/2009	09/08/2009	20.138,82	6.803,11	13.335,71	Açúcar (ES)
31/08/2009	09/09/2009	14.183,62	131,83	14.051,79	Açúcar (ES)
30/09/2009	09/10/2009	-	-	-	
31/10/2009	09/11/2009	997,06	-	997,06	
30/11/2009	09/12/2009	-	-	-	
31/12/2009	09/01/2010	9.260,72	9.260,72	-	Bebidas (SP)
31/01/2010	09/02/2010	-	-	-	
28/02/2010	09/03/2010	32.775,05	4.024,89	28.750,16	Bebidas (SP)
31/03/2010	09/04/2010	7.078,62	4.544,34	2.534,28	Bebidas (SP)
30/04/2010	09/05/2010	15.860,18	-	15.860,18	
31/05/2010	09/06/2010	31.811,80	-	31.811,80	
30/06/2010	09/07/2010	16.647,43	-	16.647,43	
31/07/2010	09/08/2010	3.648,30	-	3.648,30	
31/10/2010	09/11/2010	72.734,00	-	72.734,00	
30/11/2010	09/12/2010	53.467,13	-	53.467,13	
TOTAL	-	343.887,07	28.820,70	315.066,37	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180597.0006/12-5, lavrado contra **AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$R\$408.896,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS