

A. I. Nº - 157065.0013/03-2  
**AUTUADO** - SUPERMERCADO CENTRAL LTDA.  
**AUTUANTE** - GERANILSON DANTAS REQUIÃO  
**ORIGEM** - INFRAZ ALAGOINHAS  
**INTERNET** - 28. 11. 2003

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0469-04/03**

**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 e relacionadas na Portaria nº 270/93, o pagamento do ICMS deve ser feito na entrada da mercadoria no território baiano, caso o adquirente não possua regime especial. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, é devido ao Estado destinatário o imposto correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Infrações caracterizadas. Não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Rejeitados o pedido de diligência e a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/03, exige ICMS no valor total de R\$ 404.855,45, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 403.316,71, devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadoria relacionada nos anexos 69 e 88.
2. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 1.538,74, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento.

O autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 45 a 69, e, inicialmente, alegou que o auditor fiscal deixou de considerar informações sobre as entradas e saídas de mercadorias, além de não ter observado o tratamento fiscal a ser dispensado a mercadorias destinadas à revenda. Diz que os dados desprezados mostram a incerteza dos números apurados, requisito indispensável ao lançamento, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Afirma que a incerteza do valor lançado será demonstrada por meio de documentos que juntará na oportunidade processual própria, bem como mediante perícia, a qual requer com respaldo no artigo 49 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Relativamente à infração 1, o defendante diz que, no caso em tela, a utilização do regime de substituição tributária vulnerou a Constituição Federal, feriu direitos líquidos e certos e desconsiderou princípios elementares regentes do sistema tributário nacional. Sintetizando, diz que a autuação: a) atribui a condição de substituto tributário a quem não tem relação direta com o fato gerador, no caso o fornecedor, afrontando o artigo 128 do Código Tributário Nacional – CTN. b) vulnerou o princípio da legalidade tributária.

Após transcrever dispositivos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional, decisão do Superior Tribunal de Justiça e farta doutrina, o autuado reafirma que a presente exigência fiscal é inconstitucional e ilegal, uma vez que atribui a condição de substituto tributário a quem não está diretamente vinculado com o fato gerador respectivo. Alega que “A autuada, no caso, encontrando-se na condição de substituída tributária, o que ocorreu de forma ilegal, não pode ser penalizada pelo Fisco da Bahia em razão de não ter procedido, a fornecedora, substituta tributária, sendo indevida e ilegal a retenção e recolhimento do ICMS na qualidade e contribuinte responsável por substituição tributária, sendo, pela mesma razão, ilegal a pretensão contida no A.I. aqui apreciado, que vulnera seu direito líquido e certo.”

Prosseguindo em sua defesa, teceu comentários sobre o princípio da legalidade, transcreveu artigo da Constituição Federal, citou doutrina e, em seguida, afirmou que “Como visto acima, o que se reservou à Lei Formal não foi apenas o poder de criar e cobrar determinada exação, mas também o poder de definir seus elementos essenciais e individualizadores. O afronta, pelas formas mais diversas, a estes preceitos, fere de morte a exigência ou a instituição ilegal do tributo.”

Afirma que a exigência da substituição tributária, desfigurando os elementos constitutivos do ICMS, explicitamente contidos na Constituição Federal. Para embasar sua alegação, o defendant transcreveu farta doutrina. Alega que a cobrança do ICMS antes da ocorrência do fato gerador do imposto é inconstitucional. Transcreve doutrina e ementa de decisão do STJ. Diz que só deve pagar o imposto após a ocorrência do fato gerador correspondente, que é a saída da mercadoria de seus estabelecimentos.

Salienta que, por força da sistemática da substituição tributária, a base de cálculo do ICMS deixou de ser o efetivo valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria, para corresponder ao valor presumido pelo Estado, por meio de pauta de valores. Diz que a ilegalidade do cálculo do imposto com base em valores fixados por meio de pauta tem sido reiteradamente declarada pelo Poder Judiciário. Transcreve decisões do STF sobre a matéria.

Ao concluir, diz que não cometeu nenhuma infração, pois o seu procedimento foi pautado em normas contidas no Decreto-lei nº 406/68 e no CTN. Requer a realização de diligência e protesta por todos os meios de provas admitidas em direito. Solicita a improcedência do lançamento.

Na informação fiscal, fl. 71, o autuante explica que o autuado funciona como um estabelecimento centralizador, o qual adquire mercadorias em outros Estados e as repassam a suas filiais. Diz que o defendant só faz a antecipação tributária das mercadorias adquiridas quando as mesmas são apreendidas em postos fiscais. Aduz que um outro Auto de Infração, o qual se encontra em parcelamento, já foi lavrado contra o autuado em decorrência da mesma irregularidade. Afirma que as mercadorias adquiridas são lançadas no livro Registro de Entradas como “outras” e, quando é efetuada a saída, as mesmas não são tributadas. Em seguida, o autuante afirma que o contribuinte não apresentou nenhuma prova que descharacterizasse a exigência fiscal. Diz que não lhe cabe discutir a constitucionalidade da substituição tributária. Às fls. 72 a 1325, anexou cópia das notas fiscais arroladas na autuação e pertencentes ao autuado (1<sup>a</sup> via). Ao final, o autuante solicita a manutenção do Auto de Infração.

De acordo com as fls. 1327 a 1330, o autuado foi cientificado da informação fiscal e dos documentos anexados ao processo, recebeu cópia dos mesmos e teve o prazo de lei para se manifestar, contudo não se pronunciou.

## VOTO

Inicialmente, afasto qualquer hipótese de nulidade do presente Auto de Infração, pois o mesmo não possui nenhum dos vícios elencados no artigo 18 do RPAF/99, que o inquira de nulidade.

Indefiro a solicitação de diligência, uma vez que não está devidamente fundamentada a sua necessidade, como exige o art. 145 do RPAF/99. Ademais, considero que a mesma é desnecessária, haja vista que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação da convicção dos julgadores. O autuado afirmou, em sua defesa, que juntará documentos que demonstram a incerteza dos valores lançados, todavia, até o presente momento, nenhum documento foi apresentado pelo deficiente. Saliento que, nos termos do art. 123 do RPAF/99, o momento oportuno para a apresentação de provas é no trintídio legal, junto com a defesa.

Quanto à infração 1, observo que o autuado fundamenta a sua defesa em alegações pertinentes à inconstitucionalidade e à ilegalidade do regime de substituição tributária. Todavia, essas alegações não podem prosperar, uma vez que a Constituição Federal, no seu art. 155, XII, "b", diz que caberá à Lei Complementar dispor sobre substituição tributária.

Ao tratar da substituição tributária, o artigo 6º da Lei Complementar nº 87/96, assim dispõe:

*Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário.*

*§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.*

Por seu turno, a Lei nº 7014/96, no seu artigo 8º, II, ao tratar da substituição tributária por antecipação, reza que:

*Art. 8º: São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;*

Em face dos dispositivos legais acima transcritos, vê-se que a cobrança do imposto, por antecipação tributária, referente às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária está amparada em dispositivos constitucionais e legais, não incidindo a exigência em inconstitucionalidade e nem em ilegalidade. Reiteradas decisões deste CONSEF já pacificaram esse entendimento. Ademais, não obstante a farta argumentação defensiva, não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do artigo 167, I, do RPAF/99.

Adentrando no mérito da primeira infração, observo que o autuante elaborou demonstrativos e anexou aos autos cópia das notas fiscais arroladas na autuação, comprovando, assim, a acusação feita ao autuado. Por seu turno, o sujeito passivo limitou-se a alegar que o autuante não

considerou informações e não observou o tratamento a ser dispensado a algumas mercadorias. Essas alegações defensivas não podem ser acatadas, pois não apontam os erros, são vagas e imprecisas. Considerando que o autuado não comprovou o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, entendo que a infração em tela está devidamente caracterizada, sendo devidos os valores nela exigidos.

Quanto à infração 2, saliento que o autuado não se defendeu da acusação que lhe foi feita. Interpreto esse silêncio do contribuinte como um reconhecimento tácito do acerto da ação fiscal. Dessa forma, considero que a infração está devidamente caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 157065.0013/03-2, lavrado contra **SUPERMERCADO CENTRAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 404.855,45**, sendo R\$ 139.812,15, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$ 265.043,30, acrescido de idêntica multa e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE ARAUJO - JULGADOR