

PROCESSO - A. I. N° 206958.0027/22-6
RECORRENTE - COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0052-01/24-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/05/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0135-12/25-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Autuado limitou-se a formular pedido de diligência referente a este item da autuação de forma genérica, ou seja, sem indicar uma mercadoria, mesmo por amostragem, que fundamentasse sua pretensão, consoante estabelece o artigo 145 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Infração 01 subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. Autuado requereu que este item fosse retirado da autuação sob o fundamento de que a exigência fiscal está embasada em Lei Ordinária, quando deveria estar fundamentada em Lei Complementar, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘b’ da Constituição Federal e do entendimento das Cortes Superiores. Falece competência a este órgão julgador administrativo para apreciar e declarar a inconstitucionalidade da norma ou negar a sua aplicação, consoante determina o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA/99. Infração 09 subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 1ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 09/12/2022, exigindo crédito tributário no valor histórico de R\$ 32.728,40, acrescido de multa, pela acusação de dose imputações, sendo objeto do recurso as seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.006 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.282,63, acrescido da multa de 60%;

Infração 09 - 007.001.001 - 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 e/ou exterior, nos meses de fevereiro a abril, junho a dezembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 350,00, acrescido da multa de 60%;

O Autuado **impugna** o lançamento às fls. 67 a 75. O Autuante presta **informação fiscal**, fls. 97 e 98, pela manutenção integral do auto de infração.

Julgamento pela 1ª JJF, com a seguinte fundamentação:

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de doze infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, observo que o lançamento de ofício em questão foi realizado em conformidade com a legislação de regência, especialmente, no tocante ao seu aspecto formal, de acordo com as disposições do artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, incorrendo qualquer das hipóteses previstas no seu art. 18 capaz de inquirir de nulidade o ato de lançamento.

Quanto ao pedido de diligência formulado pelo autuado, referente à infração 01, verifico que este alega, de forma genérica, ou seja, sem indicar uma mercadoria sequer por amostragem, que o autuante fez a sua análise apenas pelo código NCM da mercadoria, esquecendo-se que pode haver mercadorias, com o mesmo código NCM, que possuam incidência total ou parcial da antecipação do tributo.

O artigo 145 do RPAF/BA/99 determina que:

Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Verifica-se no pedido do autuado que este não indicou uma mercadoria sequer que tivesse nessa situação do mesmo código de NCM, ou seja, não fundamentou a necessidade da realização da diligência.

Ademais, considero que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para a formação do meu convencimento e decisão da lide, razão pela qual indefiro o pedido de realização de diligência, com fulcro no artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA/99.

O autuado pede que a infração 09 seja retirada da autuação, haja vista que fundamentada em Lei Ordinária, quando deveria estar fundamentada em Lei Complementar, nos termos do artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal e do entendimento das Cortes Superiores.

Por certo que falece competência a este órgão julgador administrativo para apreciar e declarar a inconstitucionalidade da norma ou negar a sua aplicação, consoante determina o art. 167, incisos I e III, do RPAF/BA/99, abaixo reproduzido, razão pela que o pedido de exclusão da infração 09 da autuação resta indeferido.

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

[...]

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

No mérito, constato que o autuado nada disse no tocante às infrações 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11 e 12, sendo certo que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, consoante estabelece o art. 140 do RPAF/BA/99. Quanto às infrações 01 e 09 os pedidos restaram prejudicados conforme análise feita linhas acima.

Diante do exposto, as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11 e 12 são procedentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Os representantes da empresa recorrente apresentam Recurso Voluntário, tecendo os seguintes argumentos:

i) Cerceamento de Defesa – Pedido de Diligência Indeferido

Alega que houve violação ao devido processo legal (art. 5º, LV da CF), pois o indeferimento da diligência impediu a produção de prova relevante. Afirma que o auditor teria analisado as mercadorias apenas com base no NCM, sem observar variações quanto à incidência de ICMS por antecipação com substituição, que pode variar conforme o exercício.

Destacou a necessidade de análise individualizada dos itens, conforme previsto no Convênio ICMS 92/2015, que trata da uniformização dos regimes de substituição tributária.

Citou jurisprudência do TJ/CE reconhecendo o cerceamento de defesa pela negativa de perícia em sede administrativa.

ii) Inconstitucionalidade da Cobrança de ICMS com Substituição por Lei Ordinária

Quanto a *Infração 09*, diz ter sido embasada nos arts. 8º e 23 da Lei Estadual nº 7.014/96 (lei ordinária), o que é ilegal, segundo o recurso.

Conforme o art. 155, § 2º, XII, “b” da CF/88, a substituição tributária do ICMS somente pode ser

instituída por lei complementar. Adiciona que a jurisprudência do STJ e do STF corrobora esse entendimento. O STF, no julgamento do RE 598.677 (com repercussão geral), assentou que apenas a antecipação sem substituição pode ser feita por lei ordinária.

iii) do pedido

Pede pelo provimento do recurso voluntário para reformar a decisão de 1ª Instância e pelo julgamento de improcedência das infrações, especialmente a *Infração 09* e a realização de diligência para análise da *Infração 01*.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo recorrente para modificar o julgamento de piso, proferido pela 1ª JJF através do Acórdão nº 0052-01/24-VD que julgou pela Procedência do auto de infração. O recurso é cabível e tempestivo, conforme arts. 169, inciso I, “b” e 171 do RPAF/99.

O autuado fora acusado do cometimento de 12 infrações. A JJF apreciou os argumentos da impugnação e julgou pela procedência total do auto de infração.

No Recurso Voluntário apresentado, o recorrente aduz cerceamento do direito de defesa por indeferimento do pedido de diligência quanto a infração 01. Para fundamentar o pedido, apresenta o seguinte argumento:

“Entretanto, tem-se que a decisão merece reforma. Isso porque a análise dos anexos do auto de infração revela que o nobre Auditor fez análise apenas pelo NCM da mercadoria, esquecendo-se que pode haver mercadorias, com o mesmo NCM, que possuam incidência total ou parcial da antecipação do tributo.

Esse problema já é sabido de todos e vem causando muita confusão quando da correta tributação, dado que basta mudar o exercício para termos alterações dos produtos que entram e que saem da antecipação tributária. Não raro de acontecer de, num ano, o produto ser normal e, no outro, ser colocado na lista dos produtos com substituição tributária.

(...)

A diligência seria essencial para averiguar item por item, indicando se, de fato, existem itens com substituição tributária, como apontado na peça defensiva.”

É possível observar que o recorrente não apresenta nenhum exemplo de mercadoria que possa, supostamente, se enquadrar em tal situação de mudança de tributação. Apenas argui a possibilidade de existirem produtos com o mesmo NCM e tributações distintas.

No entanto, o artigo 145 do RPAF/BA/99 versa que:

“Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”. (grifei)

Situação que não ocorre por parte do autuado, onde apenas utiliza de argumentos superficiais, sem trazer aos autos provas de mercadorias com enquadramento distinto.

Com isso, com fulcro no artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA/99, indefiro o pedido de diligência suscitado por considerar que no PAF constam todos os elementos suficientes para a formação do meu convencimento.

No que se referente a “*inconstitucionalidade*” apontada no presente recurso, este órgão julgador administrativo não tem competência para apreciar e declarar a inconstitucionalidade da norma ou negar a sua aplicação, conforme determina o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA/99, abaixo transcrito:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

[...]

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

No que tange às demais infrações, a saber: 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 10, 11 e 12, quando o fato alegado por uma das partes, não impugnado pela parte adversa, reputar-se-á verdadeiro, salvo se das provas acostadas aos autos emergir conclusão diversa, nos termos do disposto no art. 140 do RPAF/BA/99. Relativamente às infrações de números 01 e 09, os pleitos restaram prejudicados, conforme restou devidamente analisado.

Pelo exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, julgando integralmente **PROCEDENTE** o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206958.0027/22-6**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.626,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$ 9.740,83**, prevista no inciso II, “d” e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 4.360,71**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS