

**A. I. Nº** - 269133.0902/13-2  
**AUTUADO** - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA  
**ORIGEM** - INFAZ DE TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 09/06/2014

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0114-03/14

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. Infração subsistente. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Fato não contestado. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Infração reconhecida. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% e 10% respectivamente, sobre o valor comercial das mercadorias. 3. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA CABÍVEL NAS SAÍDAS. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida é restrita ao produto fabricado neste Estado. (art. art. 87, XXXV, RICMS/BA.). Infração caracterizada. Indeferido pedido de diligência. Não acatada preliminar de nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/09/2013, exige crédito tributário no valor de R\$60.696,75, em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de junho e agosto de 2011, no valor de R\$249,12, acrescido da multa de 60%;
2. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro a março, maio, julho e outubro de 2011, no valor de R\$1.382,10 acrescido da multa de 60%;
3. deu entrada no estabelecimento em mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de março, junho, setembro e dezembro de 2011, sendo aplicado multa de 10% sobre o valor das notas fiscais não registradas, totalizando R\$2.787,88;
4. deu entrada no estabelecimento em mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho, setembro e dezembro de 2011, sendo aplicado multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não registradas, totalizando R\$1.822,17;

5. recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 no valor de R\$52.454,88 acrescido da multa de 60%;

6. deixou de recolher o ICMS devido por responsabilidade solidária, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve a retenção do imposto, Protocolo nº 21/91, no mês de maio de 2011, no valor de R\$2.000,69 acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls.117/123. Diz que o auto de infração ora lavrado não pode prevalecer, uma vez que pautado em pressupostos jurídicos inaceitáveis; em completa afronta aos princípios elementares do Direito e em postergação da própria lei tributária editada pelo Estado da Bahia. Diz que o auditor autuante, promoveu a uma série de acusações fiscais indevidas, imputando-lhe, várias infrações que, em verdade, jamais existiram.

No mérito reconhece a infração 01 e parcialmente a infração 02 no valor de R\$764,28. Afirma com relação às notas fiscais 23820 – fornecedor Comercial KS Ltda., 7051, 7052, 8521, 8520 – fornecedor Plasutil Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., que não foram escrituradas, porque não houve o recebimento do produto por parte do contribuinte, portanto é indevido o valor - R\$ 617,73. Afirma que não houve o pagamento destas mercadorias e que embora as referidas notas fiscais se encontrem no ambiente da NFe autorizadas, não houve recebimento.

Reconhece o débito da infração 03. Sobre a infração 04, afirma que as notas fiscais 382148, 388667, 398963, 399404, 398620, 405364, 407881, 441558, 440777, 441034 – fornecedor Expresso Bahia Sul Distribuidora de Bebidas Ltda., 712289 – fornecedor Fratelli Vita Bebidas Ilhéus S.A., não foram escrituradas, porquanto não houve o efetivo recebimento dos produtos contidos nas aludidas notas fiscais, logo é indevido o valor – R\$ 1.465,21. Informa ainda, sobre o valor de R\$44,00, referente a NF 320, que houve equívoco por parte do fornecedor PROSOMA que reconheceu não ter havido cancelamento, conforme processo SIPRO 186833/2013-5, que anexa, por consequência também não houve o pagamento pelo recebimento das mercadorias destas notas fiscais. Portanto, a impugnante reconhece apenas o valor de R\$ 312,96.

A respeito da infração 05 diz reconhecer apenas, o valor de R\$20.309,53. Quanto ao valor de R\$32.145,35, se refere às saídas de leite longa vida. Afirma que, neste caso, não há razão para a tributação do LEITE LONGA VIDA. Aduz que este produto tem uma alíquota diferenciada quando adquirido de operações internas. O autuante impôs a tributação em face de a empresa oferecer à tributação o valor da alíquota reduzida do imposto, em aquisições feitas em outros Estados. E a empresa usava a alíquota reduzida para compatibilizar as saídas de um mesmo produto já que não poderá haver diferenciação de alíquotas em virtude da origem ou procedência do produto consoante os termos da carta Magna da República. Transcreve o art. 152 da CF/88.

Afirma estar certo que o autuante deverá rejeitar a dedução desses argumentos da defesa, por entender que não cabe ao Fisco perquirir acerca de justiça ou da injustiça da tributação e de que não cabe aos órgãos julgadores declarar a inconstitucionalidade de lei.

Suscita a possibilidade de uma autoridade administrativa de julgamento apreciar questões de cunho constitucional, e, especialmente, declarar a inconstitucionalidade da lei na qual se funda o ato impugnado. Diz que a doutrina mais respeitada afirma que é possível à autoridade administrativa declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Segundo entende, como a Constituição é a norma mais importante do ordenamento, sua aplicação não pode ser preterida em função da aplicação de uma lei, pouco importando que o aplicador seja órgão integrante do Poder Executivo. Afirma que, se pode ser feita a revisão de atos administrativos ilegais, com maior razão essa revisão deve ser exercida em se tratando de atos administrativos inconstitucionais. Sobre a matéria transcreve decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Menciona que a não apreciação de argumentos de defesa fundados na inconstitucionalidade da

lei aplicada pela administração implica uma restrição infundada ao direito de defesa, inconstitucional por ofensa aos incisos LIV e LV do art. 5.º da CF/88, incisos que são os fundamentos da própria existência dos processos administrativos.

Reconhece o débito inerente à infração 06. Diz que o auditor autuante em interpretação puramente subjetiva decidiu dar sua interpretação pessoal aos dispositivos do RICMS/BA, com o fito exclusivo, de cobrar imposto onde a lei não autoriza, nem permite.

Ressalta que o valor reconhecido pelo contribuinte nesta defesa, deverá ser objeto de pagamento ou de pedido de parcelamento, porém irressigna-se com o restante da autuação, pelo que pretende ver reformada a imposição fiscal no tocante aos itens não reconhecidos.

Frisa que os levantamentos fiscais elaborados pelo Fisco não dispõem de validade jurídica, nem detém suporte fático que assegure a sua procedência, uma vez que se arrimou na pressuposição (falsa) de que teria ocorrido débito de tributo quando em verdade este débito inexistiu. Diz que houve grave equívoco de avaliação do autuante, o que poderá ser constatado em qualquer trabalho de nova revisão fiscal a ser determinada por este Conselho de julgamento fiscal, providência que se impõe e que, desde já, fica requerida, a fim de que fiscais estranhos ao feito possam reexaminar o trabalho e concluir pela improcedência da autuação.

Sustenta que em virtude dos equívocos cometidos pelo autuante, na elaboração de seus levantamentos, torna-se indispensável a realização tanto de diligência por fiscais estranhos ao feito, quanto de perícia para a constatação da veracidade do alegado pela ora defendente, ficando assim, requerido, como imprescindível, sob pena de cerceamento de defesa, a realização tanto de diligência, quanto de perícia, nos termos admitidos pelo RPAF/99, a fim de se deixar patenteada a falibilidade completa dos levantamentos realizados pelo preposto fiscal.

Requer seja o Auto de Infração tornado nulo no que concerne ao levantamento fiscal realizado, pelas razões já apontadas e que, no mérito, seja julgado o auto parcialmente improcedente. Reitera como indispensável, seja designada diligência, a ser efetivada por prepostos estranhos ao feito, bem como de prova pericial, a fim de serem constatadas as alegações contidas na peça de impugnação.

O autuante prestou informação fiscal fls.140/141. Diz que em função de defesa interposta pelo contribuinte necessário se faz as seguintes considerações relativas às infrações em que o mesmo contesta total ou parcialmente, visto que em relação às infrações 01, 03 e 06 reconhece o débito em sua totalidade.

Sobre a infração 02, afirma que do débito total no valor de R\$1.382,01, o contribuinte reconhece R\$764,28 (fl.119) e considera indevido o restante no valor de R\$ 617,73, alegando que não houve recebimento dos produtos das notas fiscais eletrônicas nº 23820, 7051, 7052 e 8521. Diz que a simples negativa do contribuinte não é suficiente para elidir o débito tributário, diante da documentação fiscal anexada ao PAF - Processo Administrativo Fiscal.

Sobre a infração 04, do débito total no valor de R\$1.822,17, a empresa reconhece R\$ 312,96 e considera como devidos os valores referentes às notas fiscais eletrônicas 382148, 388667, 398963, 399404, 398620, 405364, 407881, 441558, 440777, 441034 e 712289, no total de R\$1.465,21. O autuado menciona ainda, equivocadamente, a NFe nº 320, quando na realidade a NFe correta é a de nº 792 com débito no valor de R\$44,00 da empresa Prosoma. Em relação às primeiras NFe, sobre a alegação de que não houve o efetivo recebimento dos produtos, assim como na infração 02, entende que a simples negativa do contribuinte não é suficiente para suprimir o débito tributário, diante da documentação fiscal anexada ao PAF. Com relação a NFe nº 792 da empresa Prosoma, entende que neste caso, cabe razão ao contribuinte que não pode ser prejudicado por falha operacional do remetente, conforme situação explanada no Processo Sipro 186833/2013-5 (fls. 124/127) e verificação via sistema das NFe nº 836, 837 e 838 para confirmação do ocorrido.

A respeito da infração 05, do débito total de R\$52.454,88 o contribuinte reconhece R\$20.309,53 e considera como indevido o restante no valor de R\$32.145,35, referente às saídas de leite longa vida que não são produzidos neste Estado e, portanto não gozam do benefício da redução da base de cálculo, conforme RICMS/97 art. 87, XXXV. Nas fls. 120/121, a defendente discorre sobre questões doutrinárias acerca da justiça ou da injustiça da tributação e declaração de inconstitucionalidade de lei por parte dos órgãos julgadores, o que entende não caber apreciação na esfera Administrativa. Às fls. 122/123, a empresa discorre sobre uma suposta ineficácia do levantamento com argumentações desconectadas com a realidade dos fatos, quais sejam: que os levantamentos fiscais que foram elaborados pelo Fisco não dispõem de validade jurídica. Entende que a impugnante entra em contradição com a realidade fática contida neste PAF. Sobre a necessidade de diligência e perícia fiscal, supostamente em virtude dos equívocos cometidos pela autuação, assevera que a mesma é totalmente desnecessária e descabida, pois, os equívocos alegados não foram apontados e nem mesmo existiram. Solicita que seja julgado procedente em sua totalidade o auto de infração.

Consta às fls.131/134 dos autos, termo de confissão de dívida e pagamento com benefício fiscal da Lei 12903/2013 de valores reconhecidos pelo autuado.

### **VOTO**

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência de 06 (seis) infrações à legislação tributária: (1). falta de recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA; (2). Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização; (3) e (4). deu entrada no estabelecimento em mercadoria sujeita a tributação e não tributáveis, respectivamente, sem o devido registro na escrita fiscal; (5). recolhimento a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; (6). falta de recolhimento do ICMS devido por responsabilidade solidária, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em virtude de falta de retenção do imposto, Protocolo nº 21/91.

O autuado em razões defensivas admitiu o cometimento das infrações 01, 03 e 06, reconhecendo o débito em sua totalidade, portanto, diante do reconhecimento destes itens, não há mais lide a ser julgada, razão pela qual declaro a procedência destas infrações.

O defendente suscita a possibilidade desta Junta de Julgamento apreciar questões de cunho constitucional, e, especialmente, declarar a inconstitucionalidade da lei na qual se funda o ato impugnado, alegando que a não apreciação de argumentos de defesa fundados na inconstitucionalidade da lei aplicada pela administração implica restrição infundada ao direito de defesa, inconstitucional por ofensa aos incisos LIV e LV do art. 5.º da CF/88, incisos que são os fundamentos da própria existência dos processos administrativos.

Observo que falece a este Conselho atribuição legal para declarar inconstitucionalidade desta legislação, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA., razão pela qual deixo de me pronunciar sobre o alegado.

Em sua impugnação, o autuado disse que os levantamentos fiscais elaborados pelo Fisco não dispõem de validade jurídica, nem detém suporte fático que assegure a sua procedência, uma vez que se arrimou na pressuposição (falsa) de que teria ocorrido débito de tributo quando em verdade este débito inexistiu. Dessa forma, requer revisão fiscal a ser determinada por este Conselho de julgamento fiscal, a fim de que fiscais estranhos ao feito possam reexaminar o trabalho e conclui pela necessidade de realização de diligência e perícia fiscal.

Da análise dos elementos que instruem o PAF, vejo que não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico. Não acolho o pedido de

revisão por fiscal estranho ao feito, visto que o sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, em decorrência deste fato trouxe aos autos elementos cujas análises puderam ser apreciadas na constância da instrução do processo. Ademais as alegações de inconsistências no que tange a notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal apontadas em sua defesa foram analisadas pelo autuante que acolheu aquelas lastreadas em provas.

Por outro lado, existem nos autos os elementos necessários ao meu convencimento e decisão a respeito da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência e perícia, com fulcro no art. 147, I e II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, a infração 02 refere-se a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, e a infração 04, deu entrada no estabelecimento, em mercadoria não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal

Sobre a infração 02, o autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração. Alegou que não houve recebimento dos produtos elencados nas notas fiscais eletrônicas nº 23820, 7051, 7052 e 8521. Afirmou que, embora as referidas notas fiscais se encontrem no ambiente da NFe autorizadas, não houve recebimento das mesmas por parte do contribuinte.

Neste caso, o defendente não logrou comprovar sua alegação, considerando que as notas fiscais eletrônicas constantes do ambiente nacional como autorizadas demonstram a ocorrência destas operações. O autuado não trouxe aos autos, prova de que as mercadorias foram devolvidas ou que retornaram ao remetente, sem adentrar ao seu estabelecimento. Infração mantida.

No que tange à infração 04, afirmou que as notas fiscais 382148, 388667, 398963, 399404, 398620, 405364, 407881, 441558, 440777, 441034, não foram escrituradas, porquanto não houve o efetivo recebimento dos produtos contidos nas aludidas notas fiscais, logo considerou parcialmente indevido este item da autuação. Alegou ainda, que sobre a NF 320, houve equívoco por parte do fornecedor PROSOMA que reconheceu não ter havido cancelamento, conforme processo SIPRO 186833/2013-5, que anexa, reconhecendo nesta infração, apenas o valor de R\$ 312,96.

Quanto a alegação de erro do fornecedor a respeito da falta de cancelamento da NF 320, o autuante em informação fiscal informou que na realidade a NFe correta é a de nº 792 com débito no valor de R\$44,00 da empresa Prosoma, entendendo que neste caso, cabe razão ao contribuinte que não pode ser prejudicado por falha operacional do remetente.

Sobre esta nota fiscal de nº 792 emitida pela empresa Prosoma, acato entendimento do autuante e este documento fiscal deve ser excluído do demonstrativo de débito.

Relativamente aos documentos relacionados pelo sujeito passivo, sob a alegação de que não foram escrituradas porque não recebeu as mercadorias respectivas, vejo que não há nos autos elementos a provar tal assertiva.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, entendo que a infração 04 restou parcialmente caracterizada, remanescendo o valor de R\$1.778,17.

A respeito da infração 05, recolhimento a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o autuado disse reconhecer apenas, o valor de R\$20.309,53. Quanto ao restante, afirmou que se refere às saídas de leite longa vida. Alegou que, neste caso, não há razão para a tributação do leite longa vida, pois a empresa usava a alíquota reduzida para compatibilizar as saídas de um mesmo produto, pois entende que não poderá haver diferenciação de alíquotas em virtude da origem ou procedência do produto consoante os termos da carta Magna da República.

Cumpre esclarecer que a arguição do sujeito passivo fundada na tese de que a limitação do benefício da redução da base de cálculo em relação às mercadorias produzidas neste Estado seja inconstitucional, não compete a esse órgão julgador, conforme previsão expressa do art.167, I, do RPAF/BA, por conseguinte, inócua qualquer decisão nesse sentido.

De fato, o RICMS-BA vigente, no art. 87, inciso XXXV, contempla as operações internas com leite de gado, tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado com a redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento).

Portanto, apenas nas operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), adquirido de fabricante estabelecido neste Estado, o contribuinte poderá utilizar o benefício estabelecido no dispositivo supra e aplicar a alíquota de 17% sobre a base de cálculo reduzida de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento). Conforme mandamento do regulamento de ICMS abaixo descrito:

*Art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

*XXXV - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);*

No caso concreto e analisando a infração, constato que ela se encontra correta, uma vez que restou suficientemente comprovado que o sujeito passivo, de fato, utilizou indevidamente o benefício previsto no art. 87, XXXV, RICMS/BA., nas vendas de leite longa vida, em relação às mercadorias produzidas fora do Estado da Bahia. O incentivo estabelecido pela legislação do Estado da Bahia objetiva a redução do preço do produto para o consumidor final, incrementar a economia local pela ampliação da capacidade de produção da indústria baiana, além de não se destinar individualmente a uma empresa específica, mas a um setor importante da alimentação humana com baixo impacto na arrecadação, mas com alto potencial na escala de produção.

O próprio sujeito passivo atesta em sua defesa que realizou operações de comercialização de vendas com leite de procedência de outros Estados, cuja redução da base de cálculo foi constrangida, ao efetuar o registro das saídas com alíquota de 7%, como provam os demonstrativos trazidos aos autos.

Restando comprovado, portanto, que o sujeito passivo utilizou o benefício de forma indevida, correto é o comportamento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida, originado de outro Estado. Nesse sentido, inclusive, é o entendimento do CONSEF que assim vem decidindo, como o fez no Acórdão CJF Nº 0224-12/09.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.0902/13-2**, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.086,70**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II alínea “a” e “d”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, além das multas por descumprimento de

obrigação acessória no total de **R\$4.566,05**, prevista nos incisos IX e XI do referido diploma legal, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR