

**PROCESSO** - A. I. Nº 269133.0902/13-2  
**RECORRENTE** - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 3ª JJF nº 0114-03/14  
**ORIGEM** - INFAZ DE TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 10/03/2015

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0030-11/15

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração parcialmente subsistente. 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. 87, XXXV, RICMS/BA). Infração caracterizada. Indeferido pedido de diligência. Não acatada preliminar de nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, em parte com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 26/09/13, exigindo ICMS no valor de R\$60.696,75, em decorrência do cometimento de seis infrações.

O Contribuinte reconheceu as infrações 1, 3 e 6, defendendo-se somente quanto às infrações 2, 4 e 5, a seguir transcritas:

*INFRAÇÃO 2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às 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. Total da infração: R\$1.382,10, acrescida da multa de 60%;*

*INFRAÇÃO 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. Total da infração: R\$1.822,17;*

*INFRAÇÃO 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. Total da infração: R\$52.454,88, acrescida da multa de 60%;*

Foram apresentadas Defesa tempestiva as fls. 117 a 123, pedindo a improcedência das infrações contestadas (2, 4 e 5), bem como a respectiva Informação Fiscal, às fls. 140 a 141, acolhendo parte das justificativas defensivas em relação à infração 4, opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo julgado pela 3ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial das exigências fiscais, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

## 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.*

*Observe 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.*

*Cumpra 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 CJP Nº 0224-12/09.*

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

Inconformado com a Decisão de piso, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 166 a 171, objetivando a reforma do julgado no que tange a parte das infrações 2 e 5, e a totalidade da infração 4.

Quanto à infração 2, o recorrente só reconhece o débito de R\$ 764,28. Contudo com relação às Notas Fiscais nºs 23820 – COMERCIAL KS LTDA ME -, 7051, 7052, 8521, 8520 – PLASUTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA. -, o contribuinte informa que as notas não foram escrituradas, pois não houve o recebimento do produto consignado nas devidas notas fiscais por parte do contribuinte, portanto sendo indevido o valor - R\$ 617,73. Diz também que não houve o pagamento pelo recebimento destas notas fiscais e que elas se encontram no ambiente da NF-e autorizadas, sem que houvesse o recebimento das mercadorias.

No que concerne à infração 4, novamente informa que as Notas Fiscais nºs 382148, 388667, 398963, 399404, 398620, 405364, 407881, 441558, 440777, 441034 – EXPRESSO BAHIA SUL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA. -, 712289 – FRATELLI VITA BEBIDAS SA – FL ILHÉUS -, não foram escrituradas, porquanto não houve o efetivo recebimento do produto contido nas aludidas notas fiscais por parte do contribuinte, portanto sendo indevido o valor de R\$ 1.368,70.

Por fim, quanto à infração 05, diz que reconhece, apenas, o valor de R\$ 20.309,53. Quanto ao valor de R\$ 32.145,35, referente às saídas de Leite Longa Vida, diz que não há razão para a tributação, pois, este produto tem uma alíquota diferenciada quando adquirido de operações internas.

Fala que 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. Assegura que a “*empresa usava a alíquota reduzida para compatibilizar as saídas de um mesmo produto já que não pode haver diferenciação de alíquotas em virtude da origem ou procedência do produto*” consoante os termos do artigo 152 da Carta Magna da República, que reproduz.

*Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.*

Em seguida, argumenta 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*”, merecendo reparos essa postura.

Diz que sempre se discutiu acerca da possibilidade, ou não, 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. Afiança que a doutrina mais respeitada afirma que é possível à autoridade administrativa declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Explica que, 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, pois 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. Assim, propala que, embora os órgãos administrativos de julgamento, venham decidindo por sua incompetência para efetuar o controle de constitucionalidade, há os que sustentam a possibilidade da própria Administração declarar a inconstitucionalidade de leis.

Em socorro a sua tese, colaciona ementa do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda nº 108-01.182, da 8ª C do CC - mv - Rel. Manoel Antonio Gadelha Dias:

*“Normas Constitucionais - Competência para aplicá-las a casos concretos - Em face do art. 5.º, inc. LV, da Constituição Federal, os órgãos administrativos judicantes estão obrigados a aplicar, sempre, a Lei Maior em detrimento da norma que considerem inconstitucional. Impor limitação ao livre convencimento da autoridade julgadora, assim como não conhecer esta de matéria constitucional argüida pelo litigante em qualquer instância, implica cerceamento da plena defesa e violação da Lei Fundamental. Inconstitucionalidade - Alcance do Decreto n.º 73.529/74 - O Decreto n.º 73.529/74 não impede que as autoridades administrativas federais reconheçam a inconstitucionalidade de atos normativos, mesmo havendo Decisão judicial no mesmo sentido. Se impedisse, não teria sido recebido pela Constituição vigente.(...)” (Ac n.º 108-01.182, da 8.ª C do CC - mv - Rel. Manoel Antonio Gadelha Dias - DOU 1 de 5.5.97, p. 8883 - Revista Dialética de Direito Tributário n.º 22, p. 206).*

Aduz que, uma vez não apreciado os argumentos de defesa fundados na inconstitucionalidade da

lei aplicada pela administração, necessariamente implica uma restrição infundada ao direito de defesa, conduta 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”.

Seguidamente, passa a tecer comentários sobre o julgamento de piso. Destaca mais uma vez que *“o julgado não enfrentou parte das alegações defensivas, no que tange a impugnação relativa a infrações não reconhecidas pelo autuado”*. Por isso, entende que a Decisão *“deixou de apreciar, de forma precisa e devida, os fundamentos que foram deduzidos, relativamente à infração de não ter registrado notas fiscais que não foram recebidas pelo autuado”*.

Pontua que a JJF inverteu o ônus da prova, que no seu entender, seria encargo do *“autuante, e não o autuado provar o seu não ingresso, já que isto se constitui em **prova negativa**, ... o que é impossível de se provar”*. Neste ponto, coloca que, se o autuante entendeu que a mercadoria havia entrado no estabelecimento, então ele deveria fazer um levantamento físico do estoque para determinar que a mercadoria efetivamente havia ingressada.

Quanto à tributação do leite longa vida, diz que o julgador de primeiro grau fez tabula rasa dos argumentos da defesa e não fundamentou de forma substancial a sua Decisão. Assevera que o julgado recorrido não levou em consideração as ponderações aduzidas, requer a reapreciação dos fundamentos de mérito, recomendando a improcedência dos seus termos.

Ao final de seu arrazoado, pede pelo julgamento da improcedência da autuação, para dar integral provimento ao presente Recurso.

Em termos, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 178 a 182, a i. procuradora Maria José Coelho Lins de A Sento-Sé, após breve histórico dos fatos e dos argumentos da peça recursal, opina estarem ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Alega que não há mácula nas infrações e que as arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade não são de competência deste Colegiado, consoante o art. 167, inciso I do RPAF/BA.

Quanto ao indeferimento da diligência fiscal solicitada pelo Contribuinte, assegura que a Decisão está amparada no RPAF/BA, no seu art. 147, I, alínea ‘b’ e que tal negativa não cerceou ou direito de defesa da empresa. Alude que todos os demonstrativos de apuração do débito, inclusive os relatórios discriminando a origem da exigência fiscal foram entregues ao contribuinte. Salienta que a diligência requerida é voltada para verificação de documentos fiscais que estão em posse e guarda do autuado, cujas cópias poderiam ter sido juntadas aos autos, por amostragem, para comprovação dos fatos alegados.

Quanto ao mérito, fala que o Recorrente não trouxe provas materiais capazes de alterar as exigências fiscais descritas.

Aduz que o contribuinte articula as mesmas questões aduzidas em sede de defesa, sem colacionar aos autos provas capazes de comprovar a devolução das mercadorias ou o retorno das mesmas ao remetente. Aponta que o artigo 123 do RPAF assegura ao sujeito passivo *“o direito de fazer a impugnação do lançamento aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações”*. Lembra que o art. 142 prescreve que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, bem como, consoante o art. 143, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto a infração 05, aponta que o próprio sujeito passivo reconhece ter realizado operações de comercialização de vendas com leite de procedência de outros Estados, com redução da base de cálculo e registro das saídas com alíquota de 7%. Neste sentido, esclarece que o art. 87, XXXV do RICMS então vigente, previa que as operações internas com leite de gado, fabricado no Estado da Bahia, são contempladas com a redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária

incidente na operação correspondesse ao percentual de 7%, restando comprovado a utilização indevida do benefício fiscal previsto.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo cometimento de 6 infrações, dentre as quais, o Contribuinte somente se opõe em relação as infrações 2 e 5, parcialmente, e 4, integralmente.

Em sede de preliminares, o Recorrente aduz que houve cerceamento do direito de defesa por não ter a JJF apreciado os argumentos de inconstitucionalidade arguidos.

Em que pese à robusta tese recursal, entendo que este órgão colegiado não tem competência para debater e julgar matéria de cunho constitucional, ao teor do quanto previsto no art. 167, I do RPAF/BA, abaixo transcrito, *in verbis*:

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

*I - a declaração de inconstitucionalidade;*

*II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.*

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

Assim, não há como acolher o preito do contribuinte quanto a decretação de inconstitucionalidade, por força da legislação tributária estadual vigente e eficaz, ao qual, este Colegiado deve obediência.

Por seu turno, mesmo não sendo arguidas questões específicas de nulidade, impende ressaltar que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Compulsando os autos, percebo que as imputações foram claras, as bases de cálculo foram expostas conforme o valor previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes às autuações em discussão e, como dito alhures, foram respeitados todos os direitos e garantias do Contribuinte, tais como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Assim, rejeito as preliminares de nulidade do Auto de Infração, como também da Decisão de piso.

Quanto ao indeferimento da diligência solicitada, percebo que andou bem os julgadores de piso em rejeitá-la, consoante o mandamento insculpido no art. 147, I e II, abaixo transcrito:

*Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

*a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*

*b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

*a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*

*b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*

Pelo folhear dos autos, vejo que a prova requerida tanto não depende de conhecimento especial de técnicos, bem como seria destinada a verificar fatos vinculados a documentos fiscais que estão ou deveriam estar na posse da empresa, portanto, julgo que os motivos pelo indeferimento da diligência estão presentes.

No que tange ao mérito da demanda, vejo que não logrou êxito o Contribuinte em comprovar a

insubsistência das infrações 2 e 4.

O argumento principal da defesa é de que as mercadorias relacionadas foram devolvidas, o que ensejaria a consequente falta do cometimento das exações. Entretanto, como o procedimento de devolução de mercadorias previsto no art. 368 do RICMS/BA-97 não foi observado pelo Contribuinte, e como este não conseguiu provar o efetivo retorno por outros meios, deve-se aplicar o quanto disposto no art. 143 do RPAF, que prescreve que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim, da mesma forma que decidiu a JJF, a infração 2 é totalmente subsistente, e o item 04 é parcialmente procedente, consoante o julgamento de Primeira Instância.

Quanto a infração 5, lançada pelo recolhimento menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota, creio que está correta a Decisão vergastada.

Em que pese o argumento de inconstitucionalidade do art. 87, XXXV, do RICMS/BA-97, que concede benefício de redução da tributação, a norma debatida é válida e eficaz no nosso ordenamento jurídico estadual, devendo ser necessariamente aplicada por este Conselho de Fazenda. Com este norte, aplicando a norma em comento, somente faz *jus* a redução da base de cálculo para que o percentual da carga tributária corresponda a 7%, as operações internas, com leite longa vida, fabricado neste Estado.

Desta forma, como houve a afirmativa do próprio Contribuinte de que comercializou mercadorias procedentes de fora do Estado aplicando o benefício fiscal específico para produtos fabricados neste Estado, tenho que a infração é 5 é procedente.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou o Auto de Infração em epígrafe Parcialmente Procedente, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269133.0902/13-2, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.086,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$4.566,05**, previstas nos incisos IX e XI, do referido diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS