

A. I. N° - 274068.0015/17-0
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENESES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/11/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0160-01/18

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES COM MERCADORIAS DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. Autuado elide em parte a autuação. Autuante acolheu parcialmente, de forma acertada as alegações defensivas, e procedeu aos ajustes e correções devidos, o que resultou no refazimento dos cálculos e redução do valor do débito. Infração 1 parcialmente subsistente. **b) OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b.1) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. b.2) LANÇAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO.** Autuado elide em parte a autuação. Autuante acolheu parcialmente, de forma acertada as alegações defensivas e procedeu aos ajustes e correções devidos, o que resultou no refazimento dos cálculos e redução do valor do débito. Infrações 2 e 3 parcialmente subsistente. Ultrapassadas as nulidades arguidas. Indeferido o pedido de revisão fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/09/2017, exige crédito tributário de ICMS no valor histórico de R\$485.391,67, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 (04.05.02) - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no mês dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$421.922,99. Multa de 100% - Art. 42, III;

Consta Complemento: *“Tudo conforme demonstrativos e anexos, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Arquivos dos Demonstrativos: ANEXO 1 - INFRAÇÃO 1 - OMISSÃO DE SAÍDA - LISTA DE OMISSÃO DE SAÍDA; ANEXO 2 - OMISSÃO DE ENTRADA - LISTA OMISSÃO DE ENTRADA; ANEXO 3 - OMISSÃO DE SAÍDA - NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 4 - OMISSÃO DE SAÍDA - NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 5 - LISTA DE PREÇO; ANEXO 6 - OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 7 - OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE INVENTARIO; ANEXO 8- OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 9 - OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE DEVOLUÇÃO – ENTRADA; ANEXO 10 - OMISSÃO DE ENTRADA - NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 11 - OMISSÃO DE ENTRADA - NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 12 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 13 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE INVENTARIO; ANEXO 14 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 15 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE DEVOLUÇÃO – SAÍDA; ANEXO 16 - OMISSÃO DE ENTRADA - PROPORÇÃO TRIBUTADA; ANEXO 17 - LISTA DE GRUPOS; ANEXO 18 - INFRAÇÃO 2 - ANTECIPAÇÃO SOLIDARIA; ANEXO 19 - INFRAÇÃO 3 - ANETECIPAÇÃO PRÓPRIA; ANEXO 20 - REÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO - CALC PROP; e, ANEXO 21 -RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA - CALC DA PROPORÇÃO TRIBUTADA. Anexos: intimação, NF-e, ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD e*

LIVROS FISCAIS (gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital); fotos de produtos”.

INFRAÇÃO 2 (04.05.08) - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, no mês de dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$45.142,22. Multa de 100% - Art. 42, III;

Consta Complemento: *“Tudo conforme demonstrativos e anexos, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Arquivos dos Demonstrativos: ANEXO 1 - INFRAÇÃO 1 - OMISSÃO DE SAÍDA - LISTA DE OMISSÃO DE SAÍDA; ANEXO 2 - OMISSÃO DE ENTRADA - LISTA OMISSÃO DE ENTRADA; ANEXO 3 - OMISSÃO DE SAÍDA - NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 4 - OMISSÃO DE SAÍDA - NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 5 - LISTA DE PREÇO; ANEXO 6 - OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 7 - OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE INVENTARIO; ANEXO 8- OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 9 - OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE DEVOLUÇÃO – ENTRADA; ANEXO 10 - OMISSÃO DE ENTRADA - NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 11 - OMISSÃO DE ENTRADA - NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 12 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 13 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE INVENTARIO; ANEXO 14 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 15 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE DEVOLUÇÃO – SAÍDA; ANEXO 16 - OMISSÃO DE ENTRADA - PROPORÇÃO TRIBUTADA; ANEXO 17 - LISTA DE GRUPOS; ANEXO 18 - INFRAÇÃO 2 - ANTECIPAÇÃO SOLIDARIA; ANEXO 19 - INFRAÇÃO 3 - ANETECIPAÇÃO PRÓPRIA; ANEXO 20 - REÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO - CALC PROP; e, ANEXO 21 -RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA - CALC DA PROPORÇÃO TRIBUTADA. Anexos: intimação, NF-e, ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD e LIVROS FISCAIS (gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital); fotos de produtos”.*

INFRAÇÃO 3 (04.05.09) - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, no mês de dezembro de 2013. Valor Histórico: R\$18.326,46. Multa de 60% - Art. 42, II, “d”.

Consta Complemento: *“Tudo conforme demonstrativos e anexos, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Arquivos dos Demonstrativos: ANEXO 1 - INFRAÇÃO 1 - OMISSÃO DE SAÍDA - LISTA DE OMISSÃO DE SAÍDA; ANEXO 2 - OMISSÃO DE ENTRADA - LISTA OMISSÃO DE ENTRADA; ANEXO 3 - OMISSÃO DE SAÍDA - NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 4 - OMISSÃO DE SAÍDA - NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 5 - LISTA DE PREÇO; ANEXO 6 - OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 7 - OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE INVENTARIO; ANEXO 8- OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 9 - OMISSÃO DE SAÍDA - PREÇO DE DEVOLUÇÃO – ENTRADA; ANEXO 10 - OMISSÃO DE ENTRADA - NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 11 - OMISSÃO DE ENTRADA - NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 12 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA; ANEXO 13 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE INVENTARIO; ANEXO 14 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA; ANEXO 15 - OMISSÃO DE ENTRADA - PREÇO DE DEVOLUÇÃO – SAÍDA; ANEXO 16 - OMISSÃO DE ENTRADA - PROPORÇÃO TRIBUTADA; ANEXO 17 - LISTA DE GRUPOS; ANEXO 18 - INFRAÇÃO 2 - ANTECIPAÇÃO SOLIDARIA; ANEXO 19 - INFRAÇÃO 3 - ANETECIPAÇÃO PRÓPRIA; ANEXO 20 - REÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO - CALC PROP; e, ANEXO 21 -RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA - CALC DA PROPORÇÃO TRIBUTADA. Anexos: intimação, NF-e, ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD e LIVROS FISCAIS (gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital); fotos de produtos”.*

O autuado apresenta peça defensiva, através do seu representante (fls. 106/142), reproduzindo as infrações imputadas e suscita preliminar de nulidade considerando que o roteiro de fiscalização utilizado, nas infrações 2 e 3, viola à Portaria nº 445/98, englobando supostas omissões de saídas entradas, num mesmo exercício, contrariando o art. 13 da Portaria nº 445/98.

Vislumbra que o procedimento foi devidamente realizado na infração 1, a qual será parcialmente reconhecida tendo em vista o fato da Auditora ter desconsiderado algumas mercadorias que não

incidem o ICMS. Diz que, ao invés de a autuante ter se limitado à referida infração, também autuou, de forma equivocada, nas infrações 2 e 3. Esclarece que a autuante não levou em consideração o previsto no artigo 15, I, “a” e II da Portaria nº 445/98, que transcreve.

Observa que o procedimento, caso das infrações 2 e 3, só poderiam ter sido realizado caso se tratasse de exercício aberto, mas não nos casos onde o exercício é fechado, como no presente. Sustenta que resta demonstrado o equívoco cometido no momento da autuação, já que a única infração que poderia ter sido cobrada seria a de número 1, e mesmo assim não no valor exigido.

Para corroborar com tal posicionamento, transcreve alguns trechos do voto (vencido), no Acórdão CJF nº 0230-11/14, proferido pela Ilustre Relatora Rosany Nunes de Mello Nascimento. Também reproduz parte dos votos da decisão nos Acórdãos JF nº 0305-02/11 e JF nº 0098-04/10.

Reitera a impertinência das infrações 2 e 3 e pede a declaração das suas nulidades.

Insiste que as referidas infrações vão de encontro ao previsto no artigo 13, I e no artigo 15, ambos da Portaria nº 445/98, na medida em que estão adotando um procedimento de fiscalização pertinente ao regime aberto, e não ao regime fechado, como ocorreu.

Diz que quando se trata de omissão omissões de entradas e saídas das mercadorias, a auditoria deve seguir os termos da PORTARIA 445/98, da SEFAZ-BA, posto que existem seções específicas para tratamento dos casos envolvendo “omissões de saídas” (Seção II, artigos 4º e 5º), “omissões de entradas” (Seção III, art. 6º ao art. 11º) e “omissões tanto de entradas como de saídas” (Seção IV, art. 12º ao art. 15º).

Destaca que a legislação é extremamente clara neste aspecto, e tanto é assim que as hipóteses de omissões foram separadas por seções para facilitar a aplicação nos trabalhos de auditoria. Importa verificar, portanto, se no caso em exame, o levantamento identificou “omissões de saídas”, “omissões de entradas” ou “omissões tanto de entradas como de saídas” para então se concluir qual seria o roteiro de fiscalização a ser empreendido e suas consequências.

Afirma que não desconhece que a infração 1 envolve mercadorias apenas sujeitas ao regime normal de apuração de ICMS e as infrações 2 e 3 as mercadorias sujeitas à substituição tributária. Salienta que a fiscalização identificou operações envolvendo tanto omissões de entradas como de saídas, no qual fica evidente pela simples análise dos demonstrativos que integram o Auto de Infração, o levantamento deveria ter sido conjunto, ou seja, somando-se e reduzindo-se em conjunto as mercadorias independentemente do regime de tributação de mercadorias.

Assevera que o roteiro de autuação a ser aplicado seria apenas aquele relativo às “omissões tanto de entradas como de saídas”, no caso os dispositivos da Seção IV, art. 12º ao art. 15º da Portaria nº 445/98, sendo impertinente amparar a autuação em dispositivos diversos, e injustificável, por exemplo, ter sido citado o art. 10 Portaria para concluir pela legalidade do procedimento, uma vez que tal artigo 10 deveria ser utilizado apenas diante da apenas “OMISSÕES DE ENTRADAS”.

Ressalta que o Auditor somente deu guarida a tal dispositivo pelo fato de ter entendido que o mesmo seria aplicável aos casos envolvendo mercadorias de “substituição tributária”, olvidando que o tratamento separado dessas mercadorias de substituição estaria respaldado apenas se a autuação envolvesse apenas “OMISSÕES DE ENTRADAS”, o que já se viu não ser o caso.

Aborda que não poderia o Auditor legitimar a aplicação do art. 10 da Portaria nº 445/98 separando do levantamento mercadorias de regime de tributação normal e de substituição tributária, sendo aplicável ao caso o art. 13 (transcreve) da referida Portaria.

Diz que o procedimento foi realizado através da infração 1, conforme se pode visualizar no Auto de Infração, que será recolhida parcialmente. Frisa que na mencionada Seção (artigos 12º ao 15º), são os dispositivos específicos para a hipótese de “omissões tanto de entradas como de saídas”, não há sinalização para separação das mercadorias de substituição tributária do levantamento.

Argumenta que esse assunto já foi examinado no judiciário, em outros processos com as mesmas

partes, por meio de duas perícias que foram favoráveis ao autuado. Ressalta que sofreu idênticas autuações, ações se encontram em curso na 2ª Vara da Fazenda Pública (número 0554084-85.2014.8.05.0001) e na 11ª Vara da Fazenda Pública (número 0571653-02.2014.8.05.0001), já tendo sido realizadas perícias pelos Experts Antônio Bispo dos Santos e Igor Lucas Gouveia Baptista.

Anexa cópias dos aludidos Autos de Infração e das Perícias realizadas (DOC. 02 e 03), a fim de se conferir que se tratam de matérias idênticas à discutida no presente processo. além das respostas proferidas pelo ilustre Perito Antônio Bispo dos Santos e Igor Lucas Gouveia Baptista:

LAUDO PERICIAL 01 (DOC. 02):

"A infração 02 do auto de infração em questão está assim descrita:

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Contudo, sobre ela, é importante analisá-la conjuntamente com a infração 01 do auto de infração em questão, que está assim descrita:

Infração 01: Falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado, mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Da leitura da infração 01, nota-se que o Autuante, no momento da lavratura, aplicou o quanto previsto no artigo 13, inciso I, da Portaria nº 445/1998, que prevê:

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, "a", e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas (grifado)

Dado ao exposto, apesar de a infração 01 ser referente à omissão de saídas e a infração 02 ser referente à omissão de entrada, esta última não poderia ter sido lavrada, já que a multa de 70% aplicada na infração 01 teria absorvido a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas, esta que no presente caso está descrita descrito na infração 02." (Resposta do ilustre Perito Antonio Bispo dos Santos ao examinar autuação idêntica a deste processo, conforme cópia em anexo)

LAUDO PERICIAL 02 (DOC. 03):

a) A Infração nº 01, no valor reduzido de R\$ 25.267,07 foi paga pela empresa, conforme informado às fls. 55, dos Autos (comprovante de pagamento).

b) As infrações 02 e 03, nos valores históricos de R\$ 16.614,78 e R\$ 4.395,12, questionadas pela parte autora, estão de acordo com a Portaria nº 445/98.

Logo, em nosso entendimento e diante do exame dos fatos, o procedimento fiscal foi amparado pela referida portaria, não havendo reparos a fazer.

LAUDO PERICIAL COMPLEMENTAR (Doc. 03):

IV – CONCLUSÃO.

Após a revisão do Auto de Infração, das peças do processo judicial e do PAF, bem como em função de tudo o que foi explicado no Item II – Esclarecimentos do Perito, nossa conclusão é que no Auto de Infração nº 274068.0015/13-7, os fatos que deram origem às infrações 02 e 03, são os mesmos fatos da Infração 01, conforme está relatado na DESCRIÇÃO DOS FATOS existente no próprio Auto de Infração.

Outra informação que dá subsídios à nossa conclusão, são os Anexos do Auto de Infração, denominados Demonstrativos de Estoque às Fls. 146/148 dos Autos (arquivo 47/50 do PJE) e Fls. 152/199 dos Autos (arquivos 51/101 do PJE).

f) Deste modo conclui-se que as infrações 02 e 03 do Auto de Infração está enquadrada no artigo 13 da Portaria nº 445/98, o qual se refere ao levantamento quantitativo de estoque em regime fechado e o imposto foi pago a quando do pagamento da infração 01.

g) Aproveitamos a oportunidade para informar a V. Excelência que houve engano de nossa parte na interpretação dos dados do Auto de Infração, razão pela qual estamos retificando as informações prestadas no laudo pericial anterior, e solicitando desculpas a V. Excelência.

Observa a conclusão dos peritos que as infrações 2 e 3 são impertinentes, já que os fatos que lhe deram origem são os mesmos descritos na infração 1. Desta forma, requer que se considere nulas as infrações 2 e 3.

Assinala que pelo princípio da eventualidade, discutirá no mérito que as imputações estão sendo cobradas de forma equivocada, tendo em vista o fato da Auditora ter desconsiderado os códigos relativos às mercadorias que se encontravam em caixas, influenciado a contagem do estoque, o que gerou uma omissão de entrada e/ou de saída a maior em relação à unidade.

Em relação à infração 1 (omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais), reconhece parcialmente a infração. Por outro lado, afirma que parte das mercadorias, objeto desta infração: a) eram isentas ou de substituição tributária; b) não estavam sujeitas à incidência do ICMS; ou c) tiveram omissões abaixo das encontradas pela Auditora.

Anexou mídia (DOC. 04) de arquivo em formato Excel, contendo os argumentos defendidos:

MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - questões pertinentes às mercadorias identificadas na coluna W da aba “Infração 1 – argumentos defesa” como sendo Isento/Substituído, tendo em vista que o ICMS sobre tais mercadorias não deveria estar sendo cobrado, por conta do mesmo já ter sido recolhido no momento da entrada por se tratar de produtos sujeitos à substituição tributária.

Registra que dentre os produtos incluídos pela Auditora para a cobrança do ICMS, estão os resultantes de abate de gado bovino como, por exemplo: “a) *mocotó bovino (linha 14)*; b) *coração bovino (linha 15)*; c) *rins bovino (linha 16)*; d) *bucho bovino (linha 5047)*; e) *testículo bovino (linha 5137)*”. - item 34 do Anexo I do RICMS vigente em 2013-

Diz que a Auditora incluiu ainda alguns salgados industrializados como, por exemplo: “a) *salgadinho Yokitos (linhas 5090 e 5119)*; b) *salgadinho Mikão (linhas 5111 e 5133)*; e c) *salgadinho Micos (linha 5131)*”, - item 38 do Anexo I do RICMS vigente em 2013, também sujeitos ao regime de substituição tributária”.

MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS – afirma que tais mercadorias estão descritas nas linhas 5046, 5048 e 5689, constante na mencionada “aba” do arquivo em formato Excel em anexo, e se referem às embalagens utilizadas pelo Impugnante para alocar as mercadorias adquiridas pelos consumidores. Sustenta que não houve comercialização destas sacolas de plástico, tendo em vista que as mesmas servem apenas para que os consumidores tenham como acondicionar as compras realizadas.

Argui que a Autuante entendeu haver incidência de ICMS em suposta operação de saída das sacolas plásticas que, em verdade, servem apenas para transportar a mercadoria adquirida pelos clientes, ressaltando que são oferecidas sem qualquer custo adicional.

Destaca que embora os sacos plásticos sejam adquiridos pelo estabelecimento, sua simples entrega para acondicionamento dos produtos vendidos ao consumidor não incorpora seu preço final, não havendo operação de circulação econômica, salientando que caso o comprador opte por não transportar a mercadoria na sacola disponibilizada, não há qualquer alteração no preço do produto adquirido. Disse que através de consulta legislativa a SEFAZ/BA, restou consignado no Parecer nº 11600/2011, que as sacolas para acondicionamento das mercadorias vendidas não podem ser confundidas com as embalagens destinadas à revenda. Transcreve o PARECER Nº 371/09/GETRI/CRE/SEFIN-RO, de outro Estado, no qual conclui que as sacolas fornecidas aos clientes são, em verdade, material de uso e consumo do estabelecimento, razão que esse entendimento reafirma o quanto alegado no que permeia a não incidência de ICMS.

Registra que o STF, no julgamento do RE 94.120-7 (LEX 49:100), entendeu que as sacolas em comento não integram o produto final, razão que se desassocia do preço da mercadoria, não incidindo assim fato gerador de ICMS, conforme transcrito na RN nº 25/98 (reproduz).

No final, resta demonstrado que a sacola plástica oferecida ao cliente para ajudar no transporte da mercadoria adquirida no estabelecimento, representa apenas uma comodidade, para facilitar o transporte do produto por sua clientela, não acarretando valor agregado ao produto vendido, razão que deve ser caracterizada como material de uso e consumo e que portanto não deve haver a incidência do ICMS, mercadorias onde a auditora desconsiderou os códigos relativos às caixas, tendo levado em consideração apenas os códigos relativos às unidades, influenciando na contagem do estoque. Ressalta que estas mercadorias estão descritas em várias linhas do arquivo Excel em anexo e que demonstrará, por amostragem, o equívoco cometido pela Autuante no momento da lavratura do Auto de Infração, consistente por ela ter desconsiderado os códigos relativos às mercadorias que se encontravam em *caixas*, o que gerou uma omissão de saída maior do que de fato ocorreu.

Explica que algumas mercadorias são adquiridas em unidade e também em caixas, como é o exemplo de cervejas, leites e outros. Assim, no momento da autuação, ao invés da Auditora confrontar os códigos relativos à unidade e à caixa, levou em consideração apenas os códigos das unidades, razão pela qual acabou gerando uma distorção no auto:

- a) Linha 19 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – Óleo de Soja liza PET 900ml – Código 365157 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 10.616 unidades:
 - Pede que analise a linha 8504 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notando que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Análise a linha 8505 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 20 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1487434).
 - Sustenta que na mencionada linha 8505 foi detectado omissão de entrada de 460 unidades, ou seja, 23 caixas de 20 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas. Diz que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 10.616 unidades, mas sim de 10.156 unidades (10.616 – 460).
- b) Linha 22 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – Leite em pó ITAMBE sc 200gr – Código 834947 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 16.613 unidades:
 - Que ao analisar a linha 7433 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Ao verificar a linha 7434 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 25 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1688987).
 - Nota-se que na mencionada linha 7434 foi detectado omissão de entrada de 8.750 unidades, ou seja, 350 caixas de 25 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 16.613 unidades, mas sim de 7.863 unidades (16.613 – 8.750).
- c) Linha 204 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – Colorífico

Marata 100gr – Código 405299 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 14.098 unidades:

- Diz que ao analisar a linha 4494 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, nota-se que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
- Para observar a linha 4495 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 10 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (150843).
- Nota que na mencionada linha 4495 foi detectado omissão de entrada de 11.190 unidades, ou seja, 1.119 caixas de 10 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
- Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 14.098 unidades, mas sim de 2.908 unidades (14.098 – 11.190).

Diz que tais fatos revelam a necessidade de revisão fiscal.

Na infração 2 (falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por não ter escriturado as entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária), afirma que a origem da infração é por ter desconsiderados os códigos relativos às mercadorias que se encontravam em unidades, o que acabou gerando uma omissão de entrada, inexistente.

Explica que algumas mercadorias são adquiridas em unidade e também em caixas. Assim, no momento da autuação, ao invés da Auditora confrontar os códigos relativos à unidade e à caixa, levou em consideração apenas os códigos das caixas, razão pela qual acabou gerando uma distorção no auto. Exemplifica:

- a) Linha 252 do arquivo Excel contida na aba “Infração 2 – argumentos de defesa” – AMAC FOFO CONC TRAD 500ML CX 12 – Código 110698 - Omissão de entrada considerada pela Auditora: 36 unidades (03 caixas com 12 unidades):
 - Para analisar a linha 2696 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à caixa com 12 unidades.
 - Verificar a linha 2695 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à caixa, mas sim à unidade, motivo pelo qual o código é diferente (110680).
 - Nota que na mencionada linha 2695 foi detectado omissão de saída de 531 unidades.
 - Sustenta que ao confrontar os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades, motivo pelo qual não há que se falar em omissão de entrada de 36 unidades, tendo em vista o fato de haverem mais omissões de saídas do que de entrada.
- b) Linha 250 do arquivo Excel contida na aba “Infração 2 – argumentos de defesa” – APAR BARB PROBAK II LV7 PG5UN CX 72 – Código 1759833 - Omissão de entrada considerada pela Auditora: 936 unidades (13 caixas com 72 unidades):
 - Solicite que analise a linha 2872 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à caixa com 72 unidades.
 - Pede que observe a linha 2871 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à caixa, mas sim à unidade, motivo pelo qual o código é diferente (966452).
 - Nota-se que na mencionada linha 2871 foi detectado omissão de saída de 1.153 unidades

- Sustenta que ao confrontar os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades, motivo pelo qual não há que se falar em omissão de entrada de 936 unidades, tendo em vista o fato de haverem mais omissões de saídas do que de entrada.
- c) Linha 284 do arquivo Excel contida na aba “Infração 2 – argumentos de defesa” – AMAC CONFORT CONC TRAD 500ML CX 12 – Código 110906 - Omissão de entrada considerada pela Auditora: 12 unidades (01 caixa com 12 unidades):
 - Para analisar a linha 2689 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à caixa com 12 unidades.
 - Verificar a linha 2688 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à caixa, mas sim à unidade, motivo pelo qual o código é diferente (110892).
 - Nota que na mencionada linha 2688 foi detectado omissão de saída de 356 unidades
 - Sustenta que ao confrontar os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades, motivo pelo qual não há que se falar em omissão de entrada de 12 unidades, tendo em vista o fato de haverem mais omissões de saídas do que de entrada.

Diz que tais fatos revelam a necessidade de revisão fiscal.

Na infração 3, repete que a acusação é que teria deixado de recolher ICMS, por antecipação tributária, por não ter escriturado as entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Diz que também decorreu do fato de ter desconsiderado os códigos relativos às mercadorias que se encontravam em unidades, o que gerou omissão de entrada, inexistente.

Salienta que algumas mercadorias são adquiridas em unidade e também em caixas; no momento da autuação, ao invés da Auditora confrontar os códigos relativos à unidade e à caixa, levou em consideração apenas os códigos das caixas. exemplifica:

- a) Linha 08 do arquivo Excel contida na aba “Infração 3 – argumentos de defesa” – ACUCAR DEMERARA TIP TOP 1KG CX/30 – Código 1769766 - Omissão de entrada considerada pela Auditora: 1.020 (34 caixas com 30 unidades):
 - Ao analisar a linha 48 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à caixa com 30 unidades.
 - Ao analisar a linha 47 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à caixa, mas sim à unidade, motivo pelo qual o código é diferente (979708).
 - Note-se que na mencionada linha 47 foi detectado omissão de saída de 1.020 unidades
 - Logo caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades, motivo pelo qual não há que se falar em omissão de entrada de 1.020 unidades, tendo em vista o fato de terem havido omissão de saída relativo à mesma quantidade.
- b) Linha 195 do arquivo Excel contida na aba “Infração 03 – argumentos de defesa” – AGUA SANIT BRILUX BRANCA 1LT CX 12 – Código 1409344 - Omissão de entrada considerada pela Auditora: 1.260 (105 caixas com 12 unidades):
 - Disse que ao analisar a linha 2518 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à caixa com 12 unidades.
 - Refuta que ao analisar a linha 2517 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser

verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à caixa, mas sim à unidade, motivo pelo qual o código é diferente (39454).

- Note-se que na mencionada linha 2517 foi detectado omissão de saída de 2.313 unidades
- Logo caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades, motivo pelo qual não há que se falar em omissão de entrada de 1.260 unidades, tendo em vista o fato de terem havido omissão de saída relativo à mesma quantidade.

Verifica que em relação às ambas infrações descritas acima, há necessidade de realização de uma revisão fiscal, no sentido de se refazer o lançamento, tendo em vista o fato da i. Auditora não ter levado em consideração os códigos relativos às unidades, mas sim apenas levado em consideração o código referente às caixas, razão pela qual acabou gerando as apontadas distorções.

Volta a solicitar diligência fiscal dizendo que só assim poderá ficar a cargo da própria Auditora Fiscal Autuante ou, em complemento, pela Coordenadoria de Assuntos Técnicos (ASTEC), que é órgão auxiliar do Conselho de Fazenda, e lhe compete, segundo o art. 37 do Decreto nº 7592/99: “I - prestar apoio técnico, sempre que for solicitado por qualquer membro do Conselho; II - realizar diligências e perícias fiscais determinadas pelo Conselho; III - emitir parecer ou prestar informações que envolvam matéria de ordem tributária, fiscal, contábil e processual, sempre que solicitados”.

Sustenta a imprescindibilidade da realização de diligência fiscal, com fulcro no art. 145 do RPAF, para que a própria Auditora ou a ASTEC, com base nos documentos juntados aos autos e outros a serem apresentados pela empresa, forneça os seguintes esclarecimentos:

- a) Na infração 1 a Auditora desconsiderou os códigos das caixas o que acabou gerando uma omissão de saída a maior?;
- b) Diante da existência de omissão de saída, em relação às infrações 2 e 3 há que se falar em omissão de entrada?

Indica assistente técnico, que estará à disposição para prestar toda e qualquer informação capaz de elucidar os aspectos contábeis que se vinculam aos lançamentos: *MARCELO MORENO AMOR*, CPF: 786.828.275-49, RG: CRC-BA 024707/O-3, com Endereço na Av. Luis Viana, Nº 6.312, Cond. Manhattan, Ed. SOHO-A Ap. 1101 – Patamares – CEP 41.680-400. E-mail: marcelo.moreno@atakarejo.com.br; Celular (71) 9 9721-3204.

Reafirma requerendo a revisão fiscal, sob pena de se estar punindo injustamente o impugnante com a cobrança indevida de ICMS.

Conclui requerendo deferimento do pedido de revisão fiscal e o julgamento parcialmente procedente da autuação.

A Auditora Fiscal presta Informação (fls. 191/202). Reproduz os termos das infrações; sintetiza as razões defensivas.

Com relação às infrações 2 e 3, esclarece que não levou em consideração o artigo 15 da Portaria nº 445/98, pois esse se refere ao levantamento quantitativo de estoque, em exercício aberto, enquanto realizou um levantamento em exercício fechado. Diz que seguiu o art. 10, I da Portaria nº 445/98, que determina que no caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento: “a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal; b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no anexo, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea

anterior, a título de crédito fiscal”.

Quanto ao voto da conselheira Rosany Nunes de Mello Nascimento, que foi voto vencido no Auto de Infração 274068.0014/13-0, acórdão CJF nº 0230-11/14, citado pelo autuado, transcreve, em contrapartida, o voto vencedor do mesmo Acórdão.

Quanto ao ACÓRDÃO JJF nº 0305-02/11, teve a decisão reformada pelo ACÓRDÃO CJF nº 0242-11/13 que cita: *“b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Restou comprovado que o demonstrativo relativo à exigência do ICMS na infração 1 (omissão de saída > omissão de entrada) restringiu-se às mercadorias submetidas ao regime normal de tributação e a base de cálculo da omissão de entrada apurada na infração 2 refere-se apenas às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Consequentemente, não há correlação entre a apuração da base de cálculo entre a primeira e a segunda infração e correta a exigência do imposto na infração 2. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida.”*

Com relação ao Acórdão JJF nº 0098-04/10, afirma que este não se aplica, pois não foi utilizado no auto em lide o que determina o artigo 15, da Portaria nº 445/98 e sim o que determina o artigo 10, da Portaria nº 445/98.

Aduz que a infração 1 só cobra as omissões de saída a maior que a omissão de entrada de mercadoria sujeita a tributação normal apurado através de levantamento quantitativo de estoque, enquanto a infração 2 é referente a entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária cobrando o ICMS de responsabilidade solidária (art. 10, “a” da Portaria nº 445/98) e a infração 3 é relativa a entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária cobrando o ICMS próprio, art. 10 “b” da Portaria nº 445/98, deduzida a parcela do tributo calculada na forma anterior, a título de crédito fiscal.

Enfatiza que o procedimento está de acordo com a legislação. Contesta a alegação defensiva de que não somente poderia ser aplicado o art. 10 da Portaria nº 445/98, se houvesse apenas omissão de entrada. Destaca que decisões reiteradas do CONSEF definem que se aplica o art. 10 da Portaria nº 445/98 também nas situações de omissões tanto de entradas como de saídas de mercadorias.

Ratifica as infrações 2 e 3.

Quanto às mercadorias supostamente sujeitas a substituição tributária, para as quais a fiscal considerou como tributação normal, tece os seguintes comentários:

- MOCOTO BOVINO COMPRA KG – consta na EFD, registro C170, o NCM 0504.00.13, que não consta no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12. Portanto o item é tributável.
- CORACAO BOVINO COMPRA KG – consta na EFD, registro C170, o NCM 0504.00.13, que não consta no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12. Portanto o item é tributável.
- RINS BOVINO COMPRA KG – consta na EFD, registro C170, o NCM 0504.00.13, que não consta no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12. Portanto o item é tributável.
- TESTICULO BOVINO COMPRA KG - consta na EFD, registro C170, o NCM 0504.00.13, que não consta no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12. Portanto o item é tributável.
- BUCHO BOVINO COMPRA KG – bucho bovino é estômago do boi, que pertence ao grupo do NCM 0504, que não consta no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12. Portanto o item é tributável.
- SACO LIXO DOVER ROLL 200L BASICO 1UN – na descrição do item 25.36 do Anexo 1 do RICMS/12 consta: Sacos de lixo de conteúdo igual ou inferior a 100 litros. O item em questão é 200 litros, portanto o item é tributável.
- BOM AR CLICK FLORAL REFIL 12ML e*BOM AR CLICK ACQUA FRESH REFIL12ML – serão reclassificados como situação tributária sujeita a substituição.

- SALGADINHO YOKITOS ANEIS CEBOL60GR, SALGADINHO MIKAO QUEIJO SACOLA 140GR, SALGADINHO YOKITOS NAQUINH QJ 60GR, SALGADINHO MICOS PIZZA 50GR e SALGADINHO MIKAO PRESUNT SAC 140GR - consta na EFD, registro C170, o NCM 2208.19.00, que não consta no item 38 do Anexo 1 do RICMS/12. Portanto o item é tributável.

Para alegação da embalagem - itens SACOLA CAMISETA F CAIXA ATAKAREJO KG, SACOLA CAMISETA F CAIXA ATAK 30X44 e VASILHAME 51 1UN – informa que são itens de embalagem e foram excluídos do levantamento.

Diz que somente durante a Informação Fiscal apresentou dados para se fazer o agrupamento e o respectivo fator de conversão.

Explica que os itens DETERG PO BEM TE VI TRADIC 500GR CX 26 e DETERG PO BEM TE VI PERF FLORES 500GR não são os mesmos e não serão agrupados;

SABÃO BARRA MARAN COCO 200GR CX 50 e o item SABAO BARRA TEIU COCO 200GR não são os mesmos e não serão agrupados;

ALVEJANTE BRILUX LAVANDA 2 LT CX 6 não foi agrupado com os itens ALVEJANTE BRILUX LAVANDA 1LT e ALVEJANTE BRILUX LAVANDA 1LT CX 12;

ALVEJANTE BRILUX LAVANDA 2LT CX 6 e o item ALVEJANTE BRILUX LAVANDA 2LT CX 6 foram agrupados

O item FRALDA GERIATRICA PLENITUDE GD CX04 não foi agrupado com o item FRALDA GERIATRICA PLENITUDE MD 8UN e FRALDA GERIATRICA PLENITUDE MD CX04, não são os mesmos itens e não serão agrupados.

Os demais itens foram agrupados.

Após as alterações, explica que gerou novos demonstrativos (Anexo 23 a 41), que reduziu o Auto de Infração, ficando o montante do débito no valor de R\$357.024,20, conforme o seguinte:

INFRAÇÃO	ANEXO	VALOR
1	24	325.925,91
2	40	22.033,87
3	41	9.064,42
Total		357.024,20

Acrescenta que o anexo 22 já havia sido entregue ao contribuinte, tanto que foi através dele que a impugnante elaborou o demonstrativo da aba original do arquivo Argumentos de Defesa.xlsx na mídia das folhas 188.

Em relação ao pedido de diligência requerido pelo autuado, opina sua desnecessidade, pois constam no respectivo PAF e na informação fiscal todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Conforme as considerações assentadas, sugere a Procedência Parcial do presente auto.

Ingressa o autuado com petição requerendo a interrupção do Parcelamento nº 10692177 referente ao PAF 274068.0015/17-0B, em razão da concessão do benefício Concilia Bahia 2017 da Lei nº 13.803/2017 (fl. 284).

Manifestação do autuado, requerendo prorrogação do prazo para analisar os termos da Informação Fiscal, objetivando o direito ao contraditório e ampla defesa. (fl. 290).

Apresenta Manifestação (fls. 295/315), conforme os argumentos a seguir aduzidos:

Na infração 1, ressalta que a i. Autuante acabou encontrando omissão de saída superior a de fato existente. Explica que no momento da lavratura do Auto de Infração, a fiscalização acabou desconsiderando os códigos relativos às mercadorias que se encontravam em caixas. Como forma de comprovar colacionou à sua impugnação uma mídia (já anexada aos autos através da Impugnação apresentada, que foi acompanhada do Doc. 04) contendo um arquivo em formato

Excel identificado como “*Argumentos de Defesa*”, e descreveu no corpo da impugnação, de forma exemplificativa, algumas mercadorias onde ocorreu o apontado equívoco.

Verificou que, após a análise dos argumentos aduzidos, a Autuante reconheceu o equívoco cometido no momento da exigência do ICMS, uma vez que não teria ocorrido omissão de saídas, mas sim apenas um equívoco por ter desconsiderado os códigos relativos às mercadorias comercializadas em caixas, razão pela qual anulou o débito no que tange às mercadorias que foram citadas no corpo da impugnação. Entretanto, salienta que em relação às demais mercadorias onde aconteceu o mesmo equívoco, e que foram identificadas na planilha constante do CD anexado, a Autuante se omitiu completamente nessa análise.

Afirma que a Autuante deveria ter revisado o lançamento em relação a todas as mercadorias contidas na infração 1 e que foram identificadas na planilha anexada, não só as mercadorias que foram exemplificadas na peça inicial. Por isso, cita outros 15 itens onde teria ocorrido o mesmo equívoco, ou seja, onde os códigos haviam sido desconsiderados em relação às mercadorias que se encontravam em caixas.

a) Linha 35 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *LEITE L VIDA VALE DOURADO INTEG 1LT – Código 322741 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 5.357,11 unidades:

- Mencionada que ao analisar a linha 7397 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
- Por sua vez, ao analisar a linha 7398 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 12 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1472429).
- Nota que na linha 8505 foi detectado omissão de entrada de 1.536 unidades, ou seja, 128 caixas de 12 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
- Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 5.357 unidades, mas sim de 3.281 unidades (5.537 – 1.536).

b) Linha 36 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *LEITE PO CCGL INT SC 400GR – Código 191973 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 3.041 unidades:

- Mencionada que ao analisar a linha 7410 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
- Por sua vez, ao analisar a linha 7411 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 12 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (192007).
- Nota que na linha 7411 foi detectado omissão de entrada de 1.350 unidades, ou seja, 54 caixas de 25 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
- Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 3.041 unidades, mas sim de 1.691 unidades (3.041 – 1.350).

- c) Linha 49 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *LEITE CCGL DESN SC 200GR – Código 152021 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 6.115 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 7403 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 7404 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 12 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (152030).
 - Nota que na linha 7404 foi detectado omissão de entrada de 3.400 unidades, ou seja, 68 caixas de 50 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 6.115 unidades, mas sim de 2.715 unidades (6.115 – 3.400).
- d) Linha 50 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *BEB LACTEA TODYNHO TRAD 200ML – Código 62874- Omissão de saída considerada pela Auditora: 3.451 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 3355 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 3356 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 12 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1413406).
 - Nota que na linha 3356 foi detectado omissão de entrada de 540 unidades, ou seja, 20 caixas de 27 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 3.451 unidades, mas sim de 2.911 unidades (3.451 – 540).
- e) Linha 63 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *SUCO MARATA UVA 200ML – Código 970867 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 5.313 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 10889 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 10890 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 12 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1763040).
 - Nota que na linha 10890 foi detectado omissão de entrada de 810 unidades, ou seja, 30 caixas de 27 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 5.313 unidades, mas sim de 4.503 unidades (5.313 – 810).

- f) Linha 81 do arquivo Excel contida na aba “Infração 01 – argumentos de defesa” – *LEITE L VIDA ALIMBA INTEGRAL 1LT – Código 65560 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 6.327 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 7361 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 7362 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 12 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1413732).
 - Nota que na linha 7362 foi detectado omissão de entrada de 4.812 unidades, ou seja, 401 caixas de 12 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 6.327 unidades, mas sim de 1.515 unidades (6.327 – 4.812).
- g) Linha 413 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *REFRESCO MARATA CAJ 30GR – Código 727067 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 1.894 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 9616 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 9617 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 15 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1661612).
 - Nota que na linha 9617 foi detectado omissão de entrada de 810 unidades, ou seja, 54 caixas de 15 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 1.894 unidades, mas sim de 1.084 unidades (1.894 – 810).
- h) Linha 1194 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *BEB MISTA CITRUS ACER 330ML – Código 582476 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 1.554 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 3371 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 3372 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 12 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1584758).
 - Nota que na linha 3372 foi detectado omissão de entrada de 1.380 unidades, ou seja, 115 caixas de 12 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 1.554

unidades, mas sim de 174 unidades (1.544 – 1.380).

- i) Linha 1833 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *LEITE POR ITAMBE DESN SC 200GR– Código 865400 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 2.532 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 7420 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 7421 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 25 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1704877).
 - Nota que na linha 7362 foi detectado omissão de entrada de 2.475 unidades, ou seja, 99 caixas de 25 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 2.532 unidades, mas sim de 57 unidades (2.532 – 2.475).
- j) Linha 5390 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *COPO DESC COPOBRAS TRAS OS 200ML 100UN – Código 151378 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 3.552 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 4681 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 4680 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 25 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (134392).
 - Nota que na linha 4680 foi detectado omissão de entrada de 1.850 unidades, ou seja, 74 caixas de 25 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 3.522 unidades, mas sim de 1.672 unidades (3.522 – 1.850).
- k) Linha 5413 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *LEITE L VIDA DAMARE INT 1LT – Código 292818 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 2.802 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 7374 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 7375 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 12 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (282826).
 - Nota que na linha 8617 foi detectado omissão de entrada de 1.068 unidades, ou seja, 89 caixas de 12 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.

- Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 2.802 unidades, mas sim de 1.734 unidades (2.802 – 1.068).
- l) Linha 5476 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *LEITE CCGL INT SC 200GR – Código 151980 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 24.335 unidades:
 - Mencionada que ao analisar a linha 7408 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 7409 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 50 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (151998).
 - Nota que na linha 3372 foi detectado omissão de entrada de 21.350 unidades, ou seja, 427 caixas de 50 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 24.335 unidades, mas sim de 2.985 unidades (24.335 – 21.350).
- m) Linha 5687 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *OLEO SOJA SOYA PET 900ML – Código 358045 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 11.312 unidades:
 - Mencionada que ao analisar a linha 8509 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 8540 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 20 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1484966).
 - Nota que na linha 7362 foi detectado omissão de entrada de 5.720 unidades, ou seja, 286 caixas de 20 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
 - Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 11.312 unidades, mas sim de 5.592 unidades (33.312 – 5.720).
- n) Linha 5666 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *LEITE POR LA SERENISSIMA INST 200GR – Código 425915 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 7.935 unidades:
 - Mencionada que ao analisar a linha 7442 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
 - Por sua vez, ao analisar a linha 7443 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 40 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1511912).
 - Nota que na linha 7443 foi detectado omissão de entrada de 6.400 unidades, ou seja, 160 caixas

de 10 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.

- Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 7.935 unidades, mas sim de 1.535 unidades (7.935 – 6.400).
- o) Linha 5688 do arquivo Excel contida na aba “Infração 1 – argumentos de defesa” – *MARGARINA DELINE 250GR – Código 161209 - Omissão de saída considerada pela Auditora: 7.494 unidades:
- Mencionada que ao analisar a linha 7882 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, notar-se-á que o código e quantidade de mercadoria omitida são idênticas, relativas à uma única unidade.
- Por sua vez, ao analisar a linha 7883 contida na aba “Todas omissões – inf. 1, 2 e 3”, poderá ser verificado que apesar de se tratar da mesma mercadoria, faz referência não à unidade, mas sim à caixa contendo 24 unidades, motivo pelo qual o código é diferente (1428683).
- Nota que na linha 7883 foi detectado omissão de entrada de 5.088 unidades, ou seja, 212 caixas de 24 unidades, tendo em vista o fato do estoque inicial e as entradas do período estarem zeradas.
- Sustenta que não há que se falar em omissão de entrada, pois caso a Auditora tivesse confrontado os mencionados códigos, chegaria à conclusão de que as caixas são provenientes do agrupamento das unidades. Logo, não há que se falar em omissão de saída de 7.494 unidades, mas sim de 2.406 unidades (7.494 – 5.088).

Diz que além das mercadorias inicialmente descritas relativa a infração 1, as mercadorias mencionadas acima também devem ser excluídas da autuação, tendo em vista o fato da i. Auditora não ter levado em consideração os códigos relativos às caixas, mas sim apenas levado em consideração o código referente à uma única unidade, razão pela qual acabou gerando as apontadas distorções.

Acrescenta que a autuante não retirou da autuação os produtos resultante de abate de gado bovino: a) mocotó; b) coração; c) rins; d) bucho; e) testículo. Requer também a consideração da NCM, pois a fiscal disse que não constava na descrição do item 34 do Anexo I do RICMS/2012. No entanto, disse que colacionou 3 notas fiscais que demonstram a NCM informada na EFD estava incorreta, motivo pelo qual, pede que seja considerada a NCM contida nas notas fiscais.

Conclui que as mercadorias resultante do abate bovino estão sujeitos ao regime ST, observando o item 34 do Anexo I do RICMS/2012.

Reitera a necessidade de realização de uma nova revisão fiscal, pela própria auditora, no sentido de se refazer o lançamento da infração 1 relativo às mercadorias mencionadas acima, bem como em relação às demais mercadorias que não foram citadas no corpo da presente manifestação em virtude do elevado montante, as quais estão discriminadas na planilha contida na mídia já anexada à impugnação no Doc. 04, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia.

Para as infrações 2 e 3, diz que se verifica que a Autuante também reconheceu o equívoco cometido, motivo pelo qual acabou gerando uma significativa redução delas. Entretanto, afirma que a parte remanescente também deverá ser considerada como indevida por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo em vista que o roteiro de fiscalização utilizado vai de encontro com o quanto previsto na Portaria nº 445/98, como fora minuciosamente demonstrado ao longo da impugnação.

Finaliza requerendo a devolução do processo para a ilustre Auditora autuante, de forma que a

mesma tome conhecimento dos esclarecimentos ora prestados e possa, com base nos mesmos, promover o ajuste definitivo do lançamento, agora levando em consideração todas as inconsistências identificadas na mídia (CD) anexada como prova em sua impugnação, de forma a não se limitar aos exemplos citados no corpo da defesa e desta manifestação, pois em razão da quantidade não é possível reproduzir. Diz que poderia até imprimir as planilhas contidas na mídia anexada, mas isso criaria um volume imenso nesse processo, sendo que basta a Auditora, ou mesmo analisarem os itens complementares.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

Em nova Informação Fiscal (fls. 322/323), a Autuante diz que fez o agrupamento dos itens que foram passíveis de serem considerados agrupados. Rejeitou os argumentos defensivos, afirmando que foram refeitos os agrupamentos possíveis conforme a guia Todas omissões - inf. 1, 2 e 3 da mídia do Doc 4.

Sobre itens sujeitos à antecipação tributária (mocotó, bovino, coração bovino, rins, bucho, testículos bovino), explica que na EFD do autuado os produtos foram considerados como tributação normal. Diante de apresentação de prova material os referidos produtos foram parametrizados como sujeitos a antecipação.

Reafirma que utilizou no levantamento fiscal, a Portaria nº 445/98.

Mantém a ação fiscal.

Requerimento de Parcelamento do débito nº 10692177, no valor de R\$183.366,76 (fls. 399/400).

Requerem os representantes do autuado prorrogação de prazo de 10 (dez) dias, para manifestação em relação à segunda Informação Fiscal, no qual, os procuradores se mantiveram silente. Não tendo nova argumentação, de qual maneira a autuante procedeu.

Extrato do pagamento parcial do débito (fls. 414/15).

Após encaminhar para julgamento, o representante do contribuinte acosta petição às fls. 417/427, argumentando as mesmas situações da primeira e segunda peça defensiva.

Solicita o agrupamento dos produtos: MANTEIGA DAMARE PT 500GR – Código 157031; MANTEIGA COTOCHES C/S 500GR – Código 926094; L CR VEGETAL BECEL C/SAL 500GR – Código 66010; LEITE L VIDA BETANIA INTEGRAL 1LT – Código 694452; LEITE PO MOLICO DESN TOT CALC 600GR – Código 249793; MANTEIGA TOURINHO PT 500GR – Código 611840.

Reitera o pedido de revisão fiscal pela própria Auditora, no sentido de refazer o lançamento na infração 1, uma vez que desconsiderou os códigos relativos às caixas, mas, unicamente os códigos referente a uma única unidade.

Com relação às infrações 2 e 3, diz que a autuante reconheceu o equívoco cometido, o que ocasionou significativa redução dos seus valores. Alega que a parte remanescente deve ser considerada indevida, tendo em vista a utilização de roteiro em desacordo com a Portaria nº 445/98.

Pede que seja ajustado o lançamento do ofício e posterior julgamento improcedente do Auto de Infração.

Substabelecimento do estagiário em Direito, Sr. Fabio Ribeiro Paes Coelho (fls. 432).

VOTO

Lavrado o presente lançamento de ofício, em face à constatação de diferenças na apuração dos estoques de mercadorias do contribuinte autuado, nas três infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, cuja lide será apreciada nas linhas seguintes.

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade das infrações, considerando que o roteiro de fiscalização utilizado, nos itens 2 e 3, viola a Portaria nº 445/98, englobando supostas omissões de

saídas e entradas, num mesmo exercício, contrariando o art. 13 da Portaria nº 445/98.

Devo adiantar que não houve a nulidade ensaiada pelo Contribuinte autuado, relacionada às infrações 2 e 3; não foi violado o disposto no art. 13, inciso I da Portaria nº 445/98, pois a previsão de que a multa correspondente a 70%, absorverá a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas, não se aplica no caso em concreto. Demais esclarecimentos serão prestados em momento oportuno.

O trecho do voto (vencido), no Acórdão CJF nº 0230-11/14, proferido pela Ilustre Relatora Rosany Nunes de Mello Nascimento, trazido pelo autuado em defesa da sua tese, não é majoritário nesse Conselho, sendo no mesmo julgamento superado por um voto vencedor, no mesmo Acórdão.

O Parecer dos peritos, nos processos examinados no judiciário em outros processos do mesmo autuado, além de não se conhecer as circunstâncias da sua expedição, não possui natureza ou caráter vinculativo.

Não há como acolher a alegação de cerceamento do direito de defesa, tendo o sujeito passivo se insurgido em relação ao Processo Administrativo Fiscal - PAF, em vários momentos processuais, com oportunidade de discutir amplamente os fatos e contrapor todas as alegações que julgou cabíveis, inexistindo qualquer prejuízo ao exercício do seu direito de defesa.

Segundo traduz o novo Código de Processo, não havendo demonstração do prejuízo, soa despropositado anular o lançamento sob pena de se incorrer em violação ao disposto no parágrafo único do art. 283 do CPC, abaixo reproduzido, *in verbis*.

“Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.” (grifo acrescido)

Não acolho, portanto, a petição de nulidade da autuação do autuado, pela inexistência de prejuízo processual, violação ao direito ao contraditório e à ampla defesa.

De igual forma, o pedido para revisão fiscal para que a própria Auditora ou a ASTEC esclareça se houve desconsideração dos códigos das caixas o que acabou gerando uma omissão de saída a maior, deve ser afastado, tendo em vista que a própria Auditora Fiscal prestou as Informações necessárias para a elucidação das demandas, art. 145 do RPAF.

No mérito, a primeira infração acusa o autuado da falta de recolhimento do ICMS, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas também omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, em dezembro de 2013.

São diversos os demonstrativos que amparam a exigência. Acostados aos autos em primeira e última folha, entregues ao autuado integralmente, em mídia CD, conforme recibos de arquivos eletrônicos (fls.95/99). Construídos no mesmo momento, os relatórios que instruem os itens 1, 2 e 3 da autuação em debate, estão absolutamente identificáveis, contendo os dados relacionados às respectivas infrações.

Valor da exigência R\$421.922,99, na infração 1.

Nas razões, o autuado reconhece parte da infração, afirmando que parte das mercadorias, objeto desta infração: a) eram isentas ou de substituição tributária; b) não estavam sujeitas à incidência do ICMS; ou c) tiveram omissões abaixo das encontradas pela Auditora. Anexou aos autos um arquivo no formato em Excel, contendo os argumentos que defende.

A Auditora Fiscal admite a procedência parcial das alegações defensivas, elabora novo relatório reduzindo a exigência para R\$350.000,00. Aduz que cobra, nesse item, as omissões de saídas a

maior que a omissão de entrada de mercadoria sujeita à tributação normal, apurado através de levantamento quantitativo de estoque, nos termos da Portaria nº 445/98.

Convém salientar que o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, como o realizado nos presentes autos, deve obedecer às orientações da Portaria nº 445/98, tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registradas na escrituração fiscal própria do contribuinte em um determinado período, e como consequência, no presente processo, nessa infração 1, houve a constatação da saída de mercadorias do regime normal de tributação, efetuada sem a emissão de documentos fiscais, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, cujos resumos encontram-se anexados aos autos e foram entregues (integralmente) ao autuado.

Verifico que nesse item foram apuradas omissões de saída de mercadorias, em valor maior que a omissão detectada nas entradas de mercadorias, através do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

Após as razões defensivas, foram procedidos os ajustes no levantamento inicial, reduzindo a exigência para R\$325.925,91, conforme os novos demonstrativos nos anexos 22/39, fls. 203/241.

O direito não socorre ao autuado em relação aos itens que estariam no regime da substituição tributária, a saber, as carnes bovinas, classificadas no NCM 0504.0013, que não constam do item 34, do Anexo I do RICMS/12, sendo tributável normalmente. Salgadinhos, classificadas no NCM 2208.1900, que não constam do item 38, do Anexo I do RICMS/12, sendo tributável normalmente.

Diante da apresentação de dados, provas de que houve erro na identificação do NCM das carnes bovinas na Escrituração Fiscal Digital - EFD, os produtos foram excluídos da exigência.

Os sacos de lixo somente serão submetido ao regime ST com conteúdo igual ou inferior a 100 litros. O item em discussão tem 200 litros e também tributado normalmente.

Os produtos que representavam embalagens foram excluídos do levantamento.

O agrupamento de itens foi feito considerando subgrupos da mesma mercadoria, reunindo no mesmo item as espécies de mercadorias afins, conforme indicado na Portaria nº 445/98. Entendo que procede e é legal o não agrupamento dos itens DETERG PO BEM TE VI TRADIC 500GR CX 26 e DETERG PO BEM TE VI PERF FLORES 500GR; SABÃO BARRA MARAN COCO 200GR CX 50 e o item SABÃO BARRA TEIU COCO 200GR não são os mesmos e não serão agrupados; ALVEJANTE BRILUX LAVANDA 2 LT CX 6 não pode ser agrupado com os itens ALVEJANTE BRILUX LAVANDA 1LT e ALVEJANTE BRILUX LAVANDA 1LT CX 12;

De igual forma, o item FRALDA GERIATRICA PLENITUDE GD CX04, não poderia ser agrupado com o item FRALDA GERIATRICA PLENITUDE MD 8UN ou FRALDA GERIATRICA PLENITUDE MD CX04, que não são os mesmos e possuem códigos diversos.

Com a apresentação de novos elementos, todos os agrupamentos que evidentemente importam numa melhor adequação das diferenças apuradas nos estoques, em relação ao mesmo produto, foram feitos pela fiscalização.

A infração 1 foi novamente objeto de ajustes, após agrupamento de outros itens, segundo orienta a legislação do imposto e demais providências retro relatadas, reduzindo novamente a exigência para R\$268.246,40, conforme novos demonstrativos, acostados aos autos, às fls. 324/358.

Ante o exposto, a infração 1 resta caracterizada em parte, no valor de R\$268.246,40.

Com relação à infração 2 e 3, após a rejeição do pedido de nulidade dos itens, sob o argumento de que não têm embasamento legal na Portaria nº 445/98, o direito não assiste ao autuado. Além da alegação sem sentido de que o procedimento só poderia ser adotado em levantamento de exercício aberto, também não faz lógica sua reclamação de que em sendo apurado, nesse item, *omissão de mercadorias tanto de saídas e de entradas*, deveriam ser aplicados os dispositivos

dos artigos 12 a 15 da Portaria nº 445/98, considerando que o art. 10 da referida portaria, deveria ser aplicado se houvesse apenas *omissão de entradas*.

Ainda que tal tese tenha sido extraída do entendimento de Perito Judicial, o mesmo não tem natureza vinculativa e está em total descompasso com a jurisprudência deste Conselho de Fazenda.

É a Portaria nº 445/98 que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, e visa sobretudo orientar os trabalhos de auditoria fiscal de estoques em estabelecimentos comerciais e industriais.

Assim, as infrações 2 e 3 decorreram do mesmo roteiro de auditoria, o levantamento quantitativo de estoques, tendo sido combatidas ambas as infrações pelo autuado.

A infração 2 foi descrita como “*Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido, de terceiros, mercadorias sem documentos fiscais e sem a escrituração das operações sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2013). ...*”.

Já a Infração 3 foi descrita como “*Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade própria, apurado em função de margens de valores adicionados, deduzida parcela a título de crédito, por ter o autuado adquirido, de terceiros, mercadorias sem documentos fiscais.*”

Considerando que houve apuração de omissão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributária (vide Anexo acostados aos autos, além da mídia CD), procedeu-se à cobrança do imposto devido por solidariedade, relativo à operação anterior, bem como o imposto relativo às operações subseqüentes, conforme autoriza o art. 10 da Portaria nº 445/98, cujo texto reproduzo a seguir.

“Art. 10. No caso de omissão de registro de entrada de mercadoria no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:

...

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

O autuado entende descabida a exigência fiscal relativa às infrações citadas, ao argumento de que o art. 13 da Portaria nº 445/98, prevê que a cobrança da multa absorve a penalidade pela falta de escrituração das entradas, conforme consta da sua peça recursal. Defende que o procedimento somente se aplicaria na situação de exercício aberto, e não na situação de exercício fechado, como trata o presente caso.

Não assiste razão ao sujeito passivo, pois a absorção a que se refere o art. 13 (cuja incidência é reivindicada pela defesa), somente atinge o imposto normal, que seria exigível nas entradas omitidas, conforme se lê a partir do texto da norma, abaixo transcrito.

“Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, “a” e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

Tal dispositivo incidiu na primeira infração, mas não alcança, contudo, o imposto devido nas operações anteriores (por solidariedade), e nas subseqüentes (por antecipação tributária), que são o objeto de cobrança nas presentes infrações 2 e 3.

Considerando toda a exposição feita, os ajustes feitos na Auditoria de estoques, e a inexistência de inadequação de roteiro de fiscalização, em face à Portaria nº 445/98, conforme insistentemente questionado pelo autuado, as exigências restam parcialmente caracterizadas, nos valores de R\$21.992,25 (infração 2) e R\$9.040,70 (infração 3), conforme demonstrativo de fls.359/389.

INF	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	421.922,99	268.246,40	100%	PROCEDENTE EM PARTE
02	45.142,22	21.992,25	100%	PROCEDENTE EM PARTE
03	18.326,46	9.040,70	60%	PROCEDENTE EM PARTE
Total	485.391,67	299.279,35		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0015/17-0**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$299.279,35**, acrescido das multas 60% sobre R\$9.040,70 e 100% sobre R\$290.238,65, prevista no art. 42, incisos II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo parcelamento e pagamento já efetuado.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR