

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 278996.0011/22-3
<b>RECORRENTE</b>	- SODECIA DA BAHIA LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0005-01/23-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO /IFEP INDÚSTRIA
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 14/09/2023

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0253-11/23-VD

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Os comprovantes das operações anexados ao presente recurso, demonstram que houve a emissão de documentos fiscais de retorno das mercadorias, assim como o conhecimento de transporte relativo às operações. Porém, as consultas não mostram que houve passagem nos respectivos postos de fazenda (postos fiscais). Neste contexto, considera-se de que houve a emissão da nota fiscal de retorno, inclusive com a emissão do conhecimento de transporte, além daquelas já excluídas da autuação pela JJF. Entende-se que as notas fiscais deverão ser excluídas da autuação. Infração parcialmente subsistente. Reduzido o valor do débito remanescente da primeira instância. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0005-01/23, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/06/2022, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 1.253.900,33 acrescido de multa de 60% tendo em vista a infração abaixo, nos períodos de Julho/2017 a Dezembro de 2021:

*Infração 01 – 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

*Nas operações de saídas interestaduais de mercadorias adquiridas para comercialização - ferramental e molde - a título de remessa em comodato para Sodecia Minas Gerais Industria de Componentes Automotivos LTDA / 90% (noventa por cento) das operações, com devolução posterior sem comprovação de entrada no Estado da Bahia através de registro eletrônico nos Postos Fiscais de Divisa ou relacionadas em MDF-e de transportadora, presumindo-se retorno fícto e operação simulada, conforme demonstrativo Sodecia\_2017\_2021\_SaidasComodato/Comodato, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte. “modus operandi”:*

*Em regra, a sistemista - fornecedor do Complexo Ford habilitada no PROAUTO através de Regime Especial específico da Ford, adquire ferramental e/ou molde para revender à montadora. Esta adquire da sistemista e lhe remete a título de comodato para que possa produzir suas partes e peças contratadas.*

*Ferramental são ferramentas de corte para forja de produtos (modelação de chapas de aço, alumínio, latão) - portas, capô, paralamas, tubos utilizados na montagem de bancos.*

*Moldes são formas, geralmente de metal, configurada de acordo com o que se quer criar, na qual se verta substância líquida ou pastosa, geralmente polímeros, por injeção - painéis, consoles, forros de portas, tampa de porta-luvas.*

*Período de ocorrência: julho, agosto e outubro de 2017, fevereiro, março e setembro de 2018, agosto a novembro de 2019, janeiro e dezembro de 2020, março, maio a agosto de 2021.*

O autuado apresentou impugnação (fls. 31 a 46) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 170

a 175), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1ª JJF que após análise julgou Procedente em Parte (Fls. 182 a 191) nos seguintes termos:

### VOTO

*A acusação fiscal é de que o autuado deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, decorrentes de saídas interestaduais de mercadorias adquiridas para comercialização, no caso ferramental e molde, a título de remessa em comodato para a empresa Sodecia Minas Gerais Indústria de Componentes Automotivos Ltda., sendo que 90% (noventa por cento) das operações, com devolução posterior sem comprovação de entrada no Estado da Bahia mediante registro eletrônico nos Postos Fiscais de Divisa ou relacionadas em MDF-e de transportadora, presumindo-se retorno ficto e operação simulada, conforme demonstrativo Sodecia\_2017\_2021\_SaidasComodato/Comodato, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Contribuinte.*

*Inicialmente, no tocante a arguição defensiva de nulidade do lançamento sob o fundamento de cerceamento do seu direito à ampla defesa e ao contraditório, em face dos dispositivos indicados no Auto de Infração serem genéricos e não refletirem especificamente à infração narrada pelo autuante, evidenciando, desse modo, a inexistência de qualquer ato que tenha praticado em descompasso com o disposto na legislação tributária, não vejo como prosperar a pretensão defensiva. Isto porque, a teor do artigo 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não implica nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

*No presente caso, a complementação da descrição dos fatos constantes no Auto de Infração afasta qualquer possibilidade de dúvidas sobre em que consiste a infração imputada ao autuado, ou seja, a realização de saídas interestaduais de mercadorias em comodato sem que houvesse a comprovação do efetivo retorno, acusação esta detalhadamente rechaçada pelo autuado na sua peça defensiva, portanto, inexistindo qualquer prejuízo para que pudesse exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório como, de fato, exerceu.*

*Diante disso, não acolho a nulidade arguida.*

*No tocante ao pedido de diligência formulado pelo impugnante, considero desnecessária a realização de diligência, haja vista que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para análise e deslinde da questão.*

*Assim sendo, com fulcro no art. 147, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, indefiro o pedido de diligência.*

*No mérito, o cerne da questão reside no fato de se determinar se houve “retorno ficto e operação simulada”, conforme a acusação fiscal, ou se não houve este “retorno ficto e operação simulada”, conforme sustenta o autuado.*

*Observo que o autuado impugnou exclusivamente a exigência fiscal referente às Notas Fiscais nºs. 236648, 243596, 318688, 318689, 318690, 318691, 318692, 318693, 318694, 318695 e 318696, tendo reconhecido as demais exigências, inclusive efetuando o pagamento do valor do ICMS exigido de R\$ 943.069,24, conforme comprovante de pagamento acostado às fls. 70/71.*

*Quanto à parte impugnada, o autuado alega que não houve o retorno ficto da mercadoria, conforme sustentado pelo autuante, em face à existência de Conhecimentos de Transporte Eletrônicos (CT-es) que atestam a devolução física do bem para o seu estabelecimento.*

*Diz que conforme se extrai da documentação anexada (Doc. 05, fls.107 a 165), houve o transporte de devolução de determinadas mercadorias cedidas em comodato, tendo o CT-e expedido pela transportadora expressamente indicado o número da Nota Fiscal de Retorno expedida pela comodatária. Neste sentido, apresenta a título exemplificativo, o cenário envolvendo a Nota Fiscal nº 318.690 de remessa em comodato.*

*Alega que se verifica que de fato houve o retorno físico de determinadas mercadorias que compõem a autuação, não havendo que se falar, desse modo, em qualquer indício de “retorno ficto ou operação simulada” por parte da empresa, sobretudo se considerado que o Conhecimento de Transporte Eletrônico é, inclusive, expedido por terceiro, no caso a transportadora, alheia ao grupo econômico Sodecia.*

*Afirma que demonstrada a emissão do Conhecimento de Transporte que lastreou a operação de entrada (retorno) das mercadorias ao estabelecimento Sodecia da Bahia, dúvidas não remanescem acerca da legitimidade da operação de comodato que praticou.*

*A consulta realizada nos sistemas da SEFAZ/BA, especialmente no Portal da NF-e e CT-e, permitiu constatar o seguinte no tocante às Notas Fiscais impugnadas pelo autuado e as Notas Fiscais emitidas a título de “Retorno de Bem”, com CFOP 6909, pelo denominado “comodatário”:*

NOTAS EMITIDAS	FISCAIS PELO	NOTAS EMITIDAS EM RETORNO	FISCAIS	OBSERVAÇÃO

AUTUADO (REMESSA)	PELO "COMODATÁRIO"	
236648	659771	<i>A Nota Fiscal de retorno 659771 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Mantida a exigência quanto à Nota Fiscal n. 236648.</i>
243596	660062	<i>A Nota Fiscal de retorno 660062 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Mantida a exigência quanto à Nota Fiscal n. 243596.</i>
318688	712509	<i>A Nota Fiscal de retorno 712509 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Mantida a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318688.</i>
318689	712510	<i>A Nota Fiscal de retorno 712510 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Mantida a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318689.</i>
318690	712504	<i>A Nota Fiscal de retorno 712504 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Mantida a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318690.</i>
318691	712505	<i>A Nota Fiscal de retorno 712505 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Mantida a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318691.</i>
318692	712506	<i>A Nota Fiscal de retorno n. 712506 tem os eventos de Autorização de Uso, Ciência da Operação, Registro de Passagem Automático MDF-e com CT-e. Cabe a exclusão da exigência fiscal da Nota Fiscal n. 318692, com valor de ICMS exigido de R\$ 51.196,15. Período 06/09/2018.</i>
318693	712507	<i>A Nota Fiscal de retorno 712507 tem os eventos de Autorização de Uso, Ciência da Operação, Registro de Passagem Automático MDF-e com CT-e. Cabe a exclusão da exigência fiscal da Nota Fiscal n. 318693, com valor de ICMS exigido de R\$ 42.245,19. Período 06/09/2018.</i>
318694	712508	<i>A Nota Fiscal de retorno 712508 tem os eventos de Autorização de Uso, Ciência da Operação, Registro de Passagem Automático MDF-e com CT-e. Cabe a exclusão da exigência fiscal da Nota Fiscal n. 318694, com valor de ICMS exigido de R\$ 1.692,30. Período 06/09/2018.</i>
318695	712413	<i>A Nota Fiscal de retorno 712413 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Mantida a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318695</i>
318696	712415	<i>A Nota Fiscal de retorno 712415 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Mantida a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318696.</i>

*Dianete da constatação acima reportada, cabível a exclusão dos valores exigidos em face à comprovação da alegação defensiva atinente às Notas Fiscais nºs 318692, 318693 e 318694, respectivamente, R\$ 51.196,15, R\$ 42.245,19 e R\$ 1.692,30.*

*Assim sendo, o valor originalmente exigido no Auto de Infração no período de 30/09/2018 passa de R\$ 289.012,91 para R\$ 193.879,27, ficando o valor total exigido reduzido para R\$ 1.158.766,69.*

*Diante do exposto, a infração é parcialmente procedente no valor de R\$ 1.158.766,69, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

Inconformado com a Procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 201 a 214) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Em sede de preliminares, alega erro material do acórdão por desconsiderar o pagamento efetuado pela Recorrente. Diz que antes de adentrar nos motivos pelos quais deve ser reformado o r. Acórdão, é imperioso destacar a existência de erro material que necessita ser sanado. Conforme informado pela Recorrente no momento da Impugnação, a discussão versa unicamente em relação às operações envolvendo as Notas Fiscais nºs 236648, 243596, 318688, 318689, 318690, 318691, 318692, 318693, 318694, 318695 e 318696, visto que para as demais operações que compuseram a

autuação, a Recorrente realizou o pagamento do Auto de Infração, conforme guia e comprovante de recolhimento que foram anexados à impugnação. Com isso, o valor originalmente exigido no Auto de Infração no período de 30/09/2018 passou de R\$ 1.253.900,34 para R\$ 310.831,09.

Ato contínuo, entendeu a turma julgadora por excluir do lançamento as Notas Fiscais nºs 318692, 318693 e 318694. Assim, o valor devido passou de R\$ 310.831,09 para R\$ 215.697,45.

Não obstante, em que pese o r. acórdão tenha determinado a homologação do pagamento efetuado, o dispositivo da decisão determinou a intimação da Recorrente para realizar o pagamento do débito atualizado no valor de R\$ 1.158.766,69, que corresponde ao valor original menos a parcela reconhecida pela Junta de Julgamento Fiscal, desconsiderando o valor que foi pago pela Recorrente.

Portanto, é necessário que seja sanado erro material para que conste o débito correto, desconsiderando do saldo devedor o pagamento feito pela Recorrente e as notas fiscais excluídas pela Junta de Julgamento Fiscal.

Em seguida pede pela Nulidade do auto pela violação ao Art. 142 do CTN, pois ao proceder com a capitulação dos dispositivos supostamente infringidos, a Superintendência de Administração Tributária (SAT) indicou o “art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012”. Percebe-se, portanto, que a autoridade fiscal indicou dispositivos genéricos, que não refletem especificamente a infração narrada pela Autoridade Fiscal.

Por sua vez, ao analisar a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, por vício de fundamentação, a Junta de Julgamento Fiscal entendeu que a capitulação legal errônea pode ser convalidada pela descrição dos fatos. Contudo, tal entendimento está equivocado e necessita ser reformado.

Como se sabe, o artigo 142 do Código Tributário Nacional dispõe acerca das balizas a serem observadas pela Autoridade Fiscal na realização do lançamento tributário. Referido texto diz que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Veja-se, portanto, que o citado dispositivo determina que o lançamento contenha a descrição precisa e clara da infração cometida pelo contribuinte, situação que teria ensejado a lavratura do Auto de Infração.

A Constituição, por sua vez, resguarda aos litigantes – seja em âmbito judicial ou administrativo – o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme previsão contida no art. 5º, LV do texto constitucional.

A diretriz consignada pelo legislador constituinte, como não poderia deixar de ser, é internalizada por todos os entes da federação, em observância à hierarquia normativa. No âmbito do Estado da Bahia, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (PAF) expressamente determina a aplicação do princípio da ampla defesa “*na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo*”.

Com efeito, sob a ótica da estrita legalidade, a Administração Tributária do Estado da Bahia deve se atentar ao princípio da ampla defesa como forma de garantir aos contribuintes os meios necessários para a identificação da infração e, por conseguinte, acesso ao processo administrativo tributário, sendo-lhe defeso qualquer ato discricionário.

É indene de dúvidas, portanto, que o erro material no apontamento do fundamento legal constante do Auto de Infração, tratando sobre ocorrência genérica, dificulta de sobremaneira o exercício da ampla defesa na seara administrativa por parte do contribuinte, não se tratando de mera

formalidade, mas sim, evidente causa de nulidade do lançamento.

Diante do exposto, ante a incorreta fundamentação legal do dispositivo infringido, dúvidas não remanescem acerca da ofensa ao art. 142 do CTN e o consequente nítido cerceamento do direito de defesa da Recorrente, razão pela qual se faz necessário o reconhecimento da nulidade do lançamento impugnado.

Quanto ao mérito, diz que inexiste operação simulada, pois houve o efetivo retorno das mercadorias enviadas em comodato ao estabelecimento da Recorrente.

Na hipótese de superada a preliminar de nulidade do lançamento, por vício de fundamentação, a Recorrente demonstrou que a cobrança em si não merece prosperar em razão de os bens efetivamente terem retornado ao seu estabelecimento, sendo legítima a operação de comodato realizada e, por conseguinte, afastada a incidência do ICMS na hipótese.

Conforme demonstrado anteriormente, a Superintendência de Administração Tributária promoveu o lançamento dos débitos de ICMS incidente sobre as operações de remessa de bens em comodato ao entendimento de que, diante da suposta ausência de retorno físico das mercadorias, a Recorrente teria, na realidade, praticado operação de venda com terceiros, o que não é verdade.

Diz que o comodato constitui instituto de direito privado, previsto nos arts. 579 a 585 do Código Civil. Com efeito, por se tratar de empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, que efetivamente não implicam na transferência de titularidade das mercadorias, a operação de comodato não se caracteriza como circulação jurídica da mercadoria, apta a ensejar a incidência do ICMS.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento sumulado no sentido que o comodato não consiste em fato gerador do ICMS, justamente por não representar transferência de propriedade nem circulação jurídica de mercadoria, nos termos da Súmula 573, que versa que “não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato”.

Esse entendimento vem sendo reafirmado pelo STF desde então, sendo, inclusive, reiterado em recente julgamento realizado sob a sistemática da repercussão geral (RE nº 1.141.756 - Tema 1.052 da repercussão geral), no qual o STF reconheceu a constitucionalidade dos créditos de ICMS aproveitados por empresas prestadoras de serviço de telefonia móvel relativos às entradas de aparelhos celulares (bens incorporados ao ativo imobilizado da empresa de telefonia) e posteriormente cedidos em comodato aos clientes.

Com efeito, a Suprema Corte possui jurisprudência consolidada no sentido que o comodato, por não representar transferência de titularidade, não se caracteriza como circulação jurídica da mercadoria. Comprovado, portanto, que a operação de comodato, por si só, não possui o condão de atrair a incidência do ICMS, passa-se à análise do caso concreto.

Com o fim de comprovar que as operações impugnadas se tratam de comodato e que as partes e peças retornaram ao seu estabelecimento, a Recorrente apresentou os contratos firmados e os Conhecimentos de Transporte expedidos pela transportadora e que expressamente indicam o número da Nota Fiscal de Retorno expedida pela comodatária.

Não obstante a higidez dos documentos apresentados, especialmente os CT-e's que são emitidos por terceiros alheios à operação, a Junta de Julgamento Fiscal excluiu do lançamento unicamente o ICMS referente as operações das Notas Fiscais que teriam registro de passagem em posto fiscal.

Contudo, o entendimento consignado no acórdão recorrido desconsidera as provas apresentadas pela Recorrente em sua impugnação, além de estar amparado em critério sem embasamento para manter o lançamento tributário, sobretudo se considerado que tanto os CT-e's, quanto as Notas Fiscais de Retorno, foram autorizados pela SEFAZ após expressa consignação da “Autorização de Uso” e “MDF-e Autorizado com CT-e”, conforme documentação anexa ao presente recurso.

A título exemplificativo é possível citar as Notas Fiscais-e de retorno nºs 712509 e 712510, as quais a Junta de Julgamento entendeu que não haveria autorização de uso, fato este inverídico e anexa

ao recurso demonstrativo do portal da nota fiscal eletrônica comprovando a situação dos documentos (fl. 210).

É importante ressaltar que o mesmo ocorre com as Notas Fiscais-e nºs 659771, 660062, 712504, 712505, 712413 e 712415, conforme se verifica pelos documentos anexos (Doc. 02).

Veja-se que os documentos fiscais que lastream as operações – os quais tem a função precípua de formalizar e conferir veracidade as operações praticadas pelos contribuintes, inclusive sob aval do fisco – retratam que os bens retornaram, de fato, aos estabelecimentos da Recorrente, não podendo o acórdão recorrido deixar de observar a documentação acostada à impugnação ao Auto de Infração, sob pena de violação ao princípio da verdade material.

Ante a comprovação de que houve, de fato, o retorno físico de determinadas mercadorias que compõem a autuação fiscal impugnada, não há de se falar em qualquer indício de retorno ficto ou operação simulada por parte da Recorrente, sobretudo se considerado que o Conhecimento de Transporte Eletrônico foi expedido por terceiro (transportadora), alheio ao grupo econômico Sodecia.

Diante do exposto, resta evidente que o Auto de Infração impugnado deve ser cancelado em relação as mercadorias cuja documentação anexa à presente defesa evidencia o retorno físico dos bens, afastando-se, por conseguinte, as alegações apresentadas pela Autoridade Fiscal para fundamentar o lançamento impugnado.

Pede também pela baixa do processo em diligência, pois conforme destacado nos tópicos antecedentes, toda a documentação acostada ao presente processo deverá ser levada à apreciação por este órgão julgador para fins de comprovação do direito alegado no presente Recurso, sob pena de ofensa ao princípio da verdade material.

Com efeito, em matéria tributária, deve a Fiscalização buscar a verdade material dos fatos para apurar a efetiva existência (ou não) do crédito, mesmo que se verifique inexatidão material no preenchimento das obrigações acessórias.

Afigura-se nula, pois, toda e qualquer decisão da esfera administrativa que deixar de apreciar demonstrativos documentais relacionados à matéria em discussão, apresentados pelo contribuinte, por ferir o princípio da verdade material, já que é dever da autoridade administrativa atentar para todas as provas e fatos de que tenha conhecimento.

Importando estas premissas ao caso em apreço, dúvidas não remanescem de que a documentação acostada à presente defesa comprova as alegações suscitadas.

Não obstante a robustez das provas apresentadas, a Recorrente demonstrou o interesse que fosse realizada diligência para comprovar a ocorrência das operações relacionadas. Todavia, a Junta de Julgamento Fiscal se limitou a indeferir a realização de diligência, em clara preterição ao direito de defesa da Recorrente.

Acerca da negativa imotivada quanto ao pedido de perícia, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal já decidiu que a decisão de primeira Instância que deixa de apreciar pedido de diligência fiscal e perícia técnica é nula, por cerceamento do direito de defesa do autuado.

**EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS/PEDIDO DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO.** A Decisão de Primeira Instância que deixa de apreciar pedido de diligência fiscal e perícia técnica é nula, por cerceamento do direito de defesa do autuado. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime. (1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0064-11/09)

Portanto, pede que caso estes doutos julgadores entendam que as provas apresentadas não são suficientes para formação de seu convencimento, a Recorrente reitera a necessidade que seja baixado em diligência o presente feito, para que lhe seja oportunizada a apresentação de documentação comprobatória/esclarecimentos complementares.

Diante do tudo o quanto exposto, requer a correção do Acórdão para que conste o débito correto, desconsiderando do saldo devedor o pagamento feito pela Recorrente e as notas fiscais excluídas pela Junta de Julgamento; que seja acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração, haja vista a nítida violação ao art. 142 do CTN e o consequente cerceamento do direito de defesa da ora Recorrente ante o vício de fundamentação; e que, caso assim não se entenda, o que se admite apenas para fins de argumentação, seja conhecido e provido o presente Recurso Voluntário, para que seja excluído do Auto de Infração a parcela do ICMS correspondente as operações cujo retorno físico dos bens foi devidamente comprovado mediante a documentação juntada ao presente processo.

## VOTO

Conforme já relatado, o presente Recurso Voluntário foi interposto em razão decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0005-01/23, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/06/2022, para exigir valor histórico de R\$ 1.253.900,33 acrescido de multa de 60% em função da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Inicialmente a recorrente se insurge em sede de preliminares pela alegação de erro material do acórdão por desconsiderar o pagamento efetuado pela Recorrente. Destaca a existência de erro material que necessita ser sanado.

Diz que no momento da Impugnação, a discussão versa unicamente em relação às operações envolvendo as Notas Fiscais nºs 236648, 243596, 318688, 318689, 318690, 318691, 318692, 318693, 318694, 318695 e 318696, visto que para as demais operações que compuseram a autuação, a Recorrente realizou o pagamento do auto de infração, conforme guia e comprovante de recolhimento que foram anexados à impugnação. Com isso, o valor originalmente exigido no Auto de Infração no período de 30/09/2018 passou de R\$ 1.253.900,34 para R\$ 310.831,09.

Além disso, entendeu a turma julgadora por excluir do lançamento as Notas Fiscais nºs 318692, 318693 e 318694. Assim, o valor devido passou de R\$ 310.831,09 para R\$ 215.697,45.

Não obstante, em que pese o r. acórdão tenha determinado a homologação do pagamento efetuado, o dispositivo da decisão determinou a intimação da Recorrente para realizar o pagamento do débito atualizado no valor de R\$ 1.158.766,69, que corresponde ao valor original menos a parcela reconhecida pela Junta de Julgamento, desconsiderando o valor que foi pago pela Recorrente.

Observa-se que a Junta de Julgamento Fiscal excluiu as notas que tiveram comprovação do retorno, reduzindo o valor do auto. E quanto ao valor já pago pela Recorrente (Fls. 70/71) consta do acórdão que *“a infração é parcialmente procedente no valor de R\$ 1.158.766,69, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado”*.

Quanto ao pedido de Nulidade por violação ao Art. 142 do CTN, entendo que a complementação da descrição dos fatos constantes no Auto de Infração afasta qualquer possibilidade de dúvidas sobre em que consiste a infração imputada ao autuado, ou seja, a realização de saídas interestaduais de mercadorias em comodato sem que houvesse a comprovação do efetivo retorno, infração esta amplamente discutida pela Recorrente em sede de defesa. Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

No mérito, diz que inexiste operação simulada, pois houve o efetivo retorno das mercadorias enviadas em comodato ao estabelecimento da Recorrente.

Com o fim de comprovar que as operações impugnadas se tratam de comodato e que as partes e peças retornaram ao seu estabelecimento, a Recorrente apresentou os contratos firmados e os Conhecimentos de Transporte expedidos pela transportadora e que expressamente indicam o número da Nota Fiscal de Retorno expedida pela comodatária.

Para elucidar as notas fiscais não consideradas pela JJF anexa ao presente recurso provas do retorno, a exemplo das Notas Fiscais-e de retorno n<sup>os</sup> 712509 e 712510, as quais a Junta de Julgamento entendeu que não haveria autorização de uso, fato este inverídico e anexa ao recurso demonstrativo do portal da nota fiscal eletrônica comprovando a situação dos documentos (fl. 210). É importante ressaltar que o mesmo ocorre com as Notas Fiscais-e n<sup>os</sup> 659771, 660062, 712504, 712505, 712413 e 712415, conforme se verifica pelos documentos anexos (Doc. 02). É o que passo a analisar!

Os comprovantes das operações anexados ao presente recurso, demonstram que houve a emissão de documentos fiscais de retorno das mercadorias, assim como o conhecimento de transporte relativo às operações. Porém, as consultas não mostram que houve passagem nos respectivos postos de fazenda (postos fiscais).

Neste contexto, considerando que embora a mercadoria não tenha passado no posto fiscal, mas houve a emissão da nota fiscal de retorno, inclusive com a emissão do conhecimento de transporte, além daquelas já excluídas da autuação pela JJF, entendo que as notas fiscais deverão ser excluídas da autuação:

NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELO AUTUADO (REMESSA)	NOTAS FISCAIS EMITIDAS EM RETORNO PELO "COMODATÁRIO"	OBSERVAÇÃO
236648	659771	A Nota Fiscal de retorno 659771 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Deve ser excluída a exigência quanto à Nota Fiscal n. 236648. ICMS exigido R\$ 10.909,09
243596	660062	A Nota Fiscal de retorno 660062 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Deve ser excluída a exigência quanto à Nota Fiscal n. 243596. ICMS exigido R\$ 10.909,09
318688	712509	A Nota Fiscal de retorno 712509 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Deve ser excluída a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318688. ICMS exigido R\$ 6.993,62
318689	712510	A Nota Fiscal de retorno 712510 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Deve ser excluída a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318689. ICMS exigido R\$ 900,00
318690	712504	A Nota Fiscal de retorno 712504 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Deve ser excluída a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318690. ICMS exigido R\$ 51.883,73
318691	712505	A Nota Fiscal de retorno 712505 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Mantida a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318691. ICMS exigido R\$ 43.499,99
318695	712413	A Nota Fiscal de retorno 712413 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Deve ser excluída a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318695. ICMS exigido R\$ 86.205,72
318696	712415	A Nota Fiscal de retorno 712415 e respectivo CT-e não têm registro de passagem em posto. Deve ser excluída a exigência quanto à Nota Fiscal n. 318696. ICMS exigido R\$ 4.396,20

Isto posto, o valor originalmente exigido no Auto de Infração no período de 31/10/2017 deixa de existir, assim como o valor 30/09/2018 também deixa de existir, ficando o valor total exigido reduzido para R\$ 943.069,24.

Assim, restam mantidos os seguintes valores, que já tiveram o pagamento efetuado pela Recorrente, conforme comprovante anexo às fls. 70/71:

Mês	Antes Julgamento (R\$ )	Após Julgamento (R\$ )
jul/17	1.642,33	1.642,33
ago/17	28.283,42	28.283,42

out/17	21.818,18	-
jan/18	2.727,27	2.727,27
fev/18	45.396,14	45.396,14
mar/18	12.396,68	12.396,68
set/18	289.012,91	0,00
ago/19	24.920,82	24.920,82
set/19	26.590,91	26.590,91
out/19	10.715,96	10.715,96
nov/19	1.636,36	1.636,36
jan/20	5.025,53	5.025,53
dez/20	9.802,17	9.802,17
mar/21	2.354,18	2.354,18
mai/21	363.339,04	363.339,04
jun/21	137.613,13	137.613,13
jul/21	83.306,49	83.306,49
ago/21	187.318,81	187.318,81
<b>Total</b>	<b>1.253.900,33</b>	<b>943.069,24</b>

Diante do exposto, a infração é parcialmente procedente, razão pela qual voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido e já comprovado pela Recorrente.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278996.0011/22-3, lavrado contra **SODECIA DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 943.069,24, acrescido da multa de 60%, prevista no 42, II, “a” da Lei nº 7.014;96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS