

A. I. N° - 274068.0011/18-2
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/08/2023

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0147-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SUPERIOR A OMISSÃO DE ENTRADA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Exigência parcialmente subsistente, após revisão fiscal efetuada pelo autuante, e alterações procedidas por esta Relatora. Infração parcialmente subsistente; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS SUPERIOR AS OMISSÕES DE SAÍDAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS ANTERIORES DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. O levantamento efetuado pelo autuante, que diz respeito ao exercício de 2015, não atendeu ao disposto no art. 10 da Portaria 445/98 pois inclui mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não havendo como determinar com segurança a infração e o montante do valor a ser exigido no presente auto de infração, cabendo a sua nulidade com amparo no art. 18, IV “a” do RPAF/BA. Infração nula; **c)** OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c.1)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA; **c.2)** RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO EM FUNÇÃO DO VALOR ACRESCIDO. Razões defensivas não foram capazes de elidir as acusações. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 29/06/2018, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$ 75.495,34 e acréscimos correspondentes, tendo em vista a apuração dos seguintes fatos:

Infração 01 – 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 38.438,95, relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis, 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2014). Aplicada multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 04.05.05 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 11.814,75, constatado pela apuração de diferenças tanto de entrada como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto

sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos proveniente de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício de 2015. Aplicada multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 04.05.08 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 18.719,21, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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 exercícios fechados de 2014 e 2015. Aplicada multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 04.05.09- Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$ 6.522,43, 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 exercícios fechados de fechados de 2014 e 2015. Aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com defesa, fls. 94 a 110, onde inicialmente fala sobre a tempestividade da apresentação da mesma.

Após, informa tratar-se de empresa atuante no ramo de Comércio atacadista de mercadorias alimentícias em geral, recolhendo todos os tributos vinculados a sua atividade empresarial, dentre os quais a incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Diz que para possibilitar o recolhimento deste imposto efetua todas as obrigações acessórias impostas pelo Estado, cumprindo com exatidão todas as determinações da Secretaria da Fazenda Pública do Estado da Bahia, onde está localizada. Contudo, apesar de seguir perfeitamente a legislação pertinente ao imposto citado, foi surpreendida com a lavratura do presente auto de infração, com o qual não concorda pelos motivos que passa a expor.

Inicialmente informa que antes de adentrar aos fundamentos factuais e jurídicos que culminarão na anulação da autuação impugnada, os itens constantes no AIIM foram justificados em procedimento fiscalizatório anterior a autuação, cuja documentação foi entregue diretamente a Auditora Fiscal.

Assim, a alegação sustentada pela fiscalização de que ocorreu falta de pagamento do tributo, ante a falta de escrituração, não encontra fundamento diante da documentação fiscal apresentada pela impugnante, uma vez que restou amplamente demonstrado na diligência em comento que eram legítimos os créditos.

Ressalta que outras diligências anteriores foram realizadas em relação a operações idênticas que compõem o Auto de Infração, contudo, a fiscalização não aplicou o mesmo entendimento, o que ofende o art. 146 do CTN, cabendo a anulação da autuação tendo em vista não possuir base fática alguma, em razão dos documentos já apresentados na diligência anterior a constituição do crédito tributário demonstrarem amplamente que nenhum tributo adicional é devido.

Após transcrever o disposto no art. 142, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), diz que, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material, visando garantir a legalidade tributária estrita e vinculada à lei tributária, visando garantir a legítima constituição do crédito tributário pleiteado, de maneira a permitir que o contribuinte autuado possa verificar a veracidade dos fatos e, consequentemente, defender-se mediante impugnação.

Assim, a autoridade fiscal lançadora do crédito tributário objeto da autuação deve verificar aquilo que é realmente verdadeiro, visando tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam

na realidade e, mais ainda, deve carregar todos os dados, informações, documentos e, respeito da matéria tratada, instruindo de forma ampla, e aos menos, suficiente para comprovar suas alegações. Entretanto, diante do exposto anteriormente, os fatos alegados pela fiscalização no auto ora impugnado não revelam a real verdade, mas, tão somente, evidenciam que a autoridade fiscal não os investigou, e de forma não vinculada, mas discricionária, fez apontamentos sem fundamentos factuais. Contudo, conforme se depreende do CTN, arts. 3º e 142, na esfera tributária, a autoridade fiscal somente deve agir conforme a lei tributária (vinculada).

Ressalta que se tivesse melhor apurado, inclusive analisando as respostas que lhe fora enviadas anteriormente, teria averiguado os fatos justificados, de maneira que teria evitado o auto de infração ora impugnado, e neste sentido dispõe a Lei nº 9.784/1999, conforme previsto em dispositivos que cujo teor transcreve.

Por tais razões de direito, em razão do não atendimento ao princípio da '*verdade material*', específico no âmbito do direito tributário, pede a nulidade do auto de infração, por inexistência de suporte fático necessário e imprescindível para o lançamento.

Caso ultrapassada a preliminar e prejudicial de mérito, e em razão do princípio da concentração da defesa passa a tratar das questões mérito afirmando que o enquadramento legal do Auto de Infração foi apontado genericamente na infração 01, cerceando o seu direito de defesa, uma vez que a capitulação legal da infração é um elemento essencial da autuação e, sem ela, é impossível conhecer os verdadeiros limites da acusação e seus derradeiros, motivos, sob pena de se mutilar a regra tributária extraída do art. 142 do Código Tributário Nacional, bem como os princípios da estrita legalidade, da tipicidade e da reserva de lei.

Após transcrever as informações inseridas no Auto de Infração relativas ao enquadramento legal e multa aplicada diz que a fiscalização apontou dispositivos de modo genérico, já que os arts. 2º, inciso I, e 23-B da Lei 7.014/96 não se enquadram nas hipóteses descritas para as infrações apontadas, e o art. 83, inciso I do RICMS (Decreto n. 13/780/2012), é demasiadamente amplo e transcreve o teor dos citados dispositivos "legais", demonstrando quão evasivos são para fundamentar e motivar o auto ora impugnado.

Assevera que diante dessa falta de tipicidade decorrente do uso genérico de dispositivos legais, é incontestável a nulidade do lançamento que possui falta de correlação entre a descrição da infração e o artigo tido por infringido, pois este vício causa cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, que não sabe ao certo do que se defender, ofendendo o artigo 5º, LV da CF/88.

Arremata dizendo haver as seguintes situações na infração ora impugnada:

- i. Os fatos narrados não foram provados, mas apenas foram listados;
- ii. Os fatos narrados não espelham a realidade e, muito menos, os fatos tidos como infringidos;
- iii. As normas elencadas como fundamentos da ilegalidade tributária, sequer contêm hipóteses de incidência de ICMS ou de hipóteses legais que tipificam infrações e, por conseguinte, são insuficientes e nulas porque sem qualquer aplicação sobre os fatos alegados ou sobre qualquer fato.

Afirma que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto n. 7.629/99) dispõe em seu artigo 18, IV, "a", que será nulo o lançamento de ofício que "não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, e no caso em análise, é evidente que a fundamentação genérica impede a determinação da infração com segurança".

Informa que este entendimento foi adotado em diversas decisões de órgãos administrativo e como exemplo transcreve trecho de decisões do TIT-SP e acrescenta que não obstante a genérica capitulação da presente infração, faz-se necessário mencionar, ainda, que a não localização dos documentos fiscais que comprovam a infração se deu exclusivamente por ausência de análise mais apurada da Fiscalização no momento da diligência realizada na impugnante, uma vez que houve a regular emissão do documento fiscal da operação, não ocorrendo sua juntada

exclusivamente por erro sistêmico no momento da transmissão do arquivo EFD, conforme comprova a planilha que informa estar anexando (Planilha em arquivo digital - CD).

Assevera que o CONSEF já reconheceu em casos semelhantes a necessidade da realização de diligência fiscal para determinação real do montante devido, respeitando-se, assim, o princípio da verdade material do processo administrativo e transcreve Ementa referente ao ACÓRDÃO CJF N° 0445- 12/17.

Informa que a autuação analisada na mencionada decisão se motivou no mesmo problema enfrentado pela ora impugnante: erro sistêmico no momento da transmissão do arquivo EFD, e diante de tal erro, os julgadores do CONSEF determinaram a baixa dos autos para a verificação dos argumentos apresentados por ela.

Pede a nulidade da infração , pela capitulação genérica do fato, uma vez que a mesma impossibilita a total defesa. Caso não reconheça a nulidade, que seja realizada diligência para apuração da infração ocorrida, uma vez que não foi analisada toda documentação da impugnante.

Transcreve a descrição da infração 02 e diz que a mesma se funda no mesmo problema sofrido pela impugnante que gerou a infração anterior, o erro sistêmico na emissão da EFD, sendo que na fiscalização realizada não foram devidamente apuradas as notas fiscais emitidas pela impugnante, sendo impossível imputar a ela tal infração sem a devida análise completa de toda a documentação relativa aos itens e períodos mencionados, estas anexas neste auto de infração (Planilha em arquivo digital - CD) e pede a realização de diligência, evitando o cerceamento de defesa e nulidade da infração.

No que diz respeito a infração 03 diz que é consequência lógica da infração 01, uma vez que se o Fisco entende que a impugnante deixou de recolher o tributo nas operações por ausência de escrituração da entrada, haveria de se considerar que a responsabilidade de recolhimento do tributo na Substituição Tributária também existiria nessa hipótese e repete os mesmos argumentos defensivos expostos anteriormente e pede a realização de diligência, evitando o cerceamento de defesa e nulidade da infração.

Quanto a infração 04 diz que novamente decorre de outra infração anterior, nesse caso a infração 02 e, novamente, pede a realização de diligência, evitando o cerceamento de defesa e nulidade da infração.

Reitera o seu pedido de realização de diligência, baseado no art. 123, § 3º, do Decreto nº 7.629/1999, para evitar a ocorrência de cerceamento da defesa da impugnante, violando, assim, o disposto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- a) Seja acolhida a preliminar de nulidade apontada, tendo em vista a alteração no procedimento de fiscalização em relação a outras diligências já realizadas em relação a operações idênticas (art. 146, CTN).
- b) Subsidiariamente, ultrapassada a preliminar, seja acolhida a prejudicial de mérito quanto à violação ao princípio da verdade material, específico das impugnações administrativas.
- c) Na remota hipótese de ultrapassadas a preliminar e as prejudiciais, no mérito, a anulação do AIIM é medida que se impõe, em razão da impossibilidade de ser impossível de se determinar, com segurança, a infração imputada à impugnante, ante a ausência de análise de conjunto probatório apresentado à Fiscalização.
- d) Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios aqui anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja revertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas.

A autuante presta informação fiscal, fls. 116 a 140, e após transcrever o teor das infrações apresenta um resumo das razões defensivas nos seguintes termos:

- a) todos os itens constantes no AI foram justificados em procedimento fiscalizatório anterior a autuação;
- b) violação ao princípio da verdade material;
- c) nulidade por cerceamento de defesa – inadequação da capitulação do auto .

Após diz em relação o primeiro item que antes da autuação foram enviados para o contribuinte e-mail, folhas 17 a 20, sendo que as justificativas pertinentes foram corrigidas, o que não foi considerado de origem ao respectivo PAF.

Quanto ao segundo item diz não proceder pois nas folhas 1 a 3 têm as descrições das infrações com o devido enquadramento e multas aplicadas, atendendo o que determina o art. 18 do RFAP, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e os anexos foram entregues ao contribuinte conforme folhas 92 e 92. As planilhas são claras e objetivas.

Nas planilhas contém diversas informações sobre as operações como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, NCM, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações. Constam no auto os documentos e provas necessárias, a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético, folhas 87 e os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada. Em momento algum a impugnante questionou as informações da EFD.

Conclui não ter havido cerceamento de defesa, pois o lançamento fiscal foi emitido conforme as normas da SEFAZ/BA.

Passa a se manifestar sobre os argumentos relativos à infração 01 dizendo que a impugnante alega que o enquadramento legal é genérico, que não está de acordo com a infração. Porém, a alegação não procede conforme esclarecimentos que passa a expor:

O art. 2º da Lei 7.014/96 determina o fato gerador, o art. 23-B da Lei 7.014/96 determina a base de cálculo que está conforme as colunas G, H, I, J, K, L, e M do anexo 1, folhas 23 a29, e anexo 8, folhas 59 a 62 o art. 83 da RICMS determina a obrigatoriedade da emissão de nota fiscal no fornecimento de mercadoria e art. 13, I da Portaria nº 445 /98, determina a cobrança do imposto relativo às operações de saída no levantamento quantitativo de estoque, portanto o enquadramento legal está compatível com a descrição da infração 1.

Quanto a alegação de que as notas foram emitidas, porém por erro sistemático não foram transmitidos na EFD, conforme CD, folhas 113, explica que se as notas não foram escrituradas nem apresentadas, constitui omissão de saída.

Quanto as demais arguições assim se manifesta:

AZEITON PERLITA SH VERDE 100G – diz que a saída foi de 8.166, mas não indica qual é a nota fiscal.

CASTANHA CAJU D PEPE 50G – diz que a saída foi de 246, mas não indica qual é a nota fiscal.

CHA NESTEA LIMAO LATA 6X340ML - diz que a saída foi de 919, mas não indica qual é a nota fiscal.

CREM LEITE PURELAC 200G (Div. descr.) – diz que o estoque inicial é zero, porém este item foi agrupado como o item 12971 - CREM LEITE PURELAC 27x200g, com saldo inicial de 249 caixas que aplicado o fator de 27 deu 6.723 unidades. Diz que as quantidades entrada e saída são inferiores ao demonstrativo, mas não especifica quais notas de entrada e saída estão incorretas.

ERVILHA CONG DUJARDIN 4X2.5KG – Diz que as quantidades entrada e saída são maiores do que o demonstrativo, mas não indica quais são as notas fiscais.

14817 – EXTRATO TOM ELEFANTE 12X1.1KG - A defendant não fez o agrupamento com o item 10535 - EXTRATO TOM ELEFANTE 12X1.1KG

14819 - EXTRATO TOM ELEFANTE 12X850G – A impugnante não fez o agrupamento com o item 10536 - EXTRATO TOM ELEFANTE 12X850G.

14818 - EXTRATO TOM ELEFANTE 4.08KG – A recorrente não fez o agrupamento com o item 10537 - EXTRATO TOM ELEFANTE 4.08KG.

10565 - FAROFA PRONTA YOKI 250G – Diz que o estoque inicial está errado por falha no sistema. O que é valido para a fiscalização é quantidade lançada na EFD.

13742 - GELAT ROYAL MORANGO 35G – Diz que a saída é de 1309, mas não indica quais são as notas fiscais.

12435 - GELEIA RITTER MORANGO 400G - A impugnante não fez o agrupamento com o item 13815 - GELEIA RITTER MORANGO 400G.

11989 - GEMINI CS220 PLUG NOVO - Diz que as quantidades entrada e saída são maiores do que o demonstrativo, mas não indica quais são as notas fiscais.

10706 - KANI KAMA KG – Diz que item no início de 2014 possuía estoque negativo em 1,05KG. Não existe estoque negativo.

11983 - KNORR MEU FEIJAO 1.1KG - Diz que existe uma inconsistência no saldo final de estoque apresentado na EFD em 02/2015. O que é valido para a fiscalização é quantidade lançada na EFD.

12619 - MAIONESE VIGOR POUCH 200ML – A defendant não fez o agrupamento com o item 10863 - MAIONESE VIGOR POUCH 24X200ML.

10870 - MANDIOCA TOLETE CONG UAPI 4X2.5KG – Diz que deu baixa através da nota fiscal 391.008. Esta nota tem o CFOP 5.949 e informação complementar NF REF A AJUSTE (LIMPEZA CADASTRO). A referida nota fiscal não pode ser considerada no levantamento quantitativo de estoque.

10871 - MANDIOQUINHA CUBO CONG ATI GEL 4X2.5KG – Não especifica a diferença.

10891 - MANT VIGOR SH S SAL 192X10G – Diz que a nota fiscal de saída não foi aprovada.

14536 - MELHORADOR MASSA ADIPLUS 20KG – Diz que a quantidade de saída é maior, mas não apresenta a nota fiscal.

13808 - MILHO VERDE GOIAS VERDE LT 200G - A recorrente não fez o agrupamento com o item 12661 - MILHO VERDE GOIAS VERDE LT 24X200G.

12674 - MIST BOL RENATA COCO 400G - A impugnante não fez o agrupamento com o item 12132 - MIST BOL RENATA COCO 12X400G.

13784 NUTELLA 350G - A recorrente não fez o agrupamento com o item 11022 -NUTELLA 12X350G

12504 - PASSAS PRETAS D PEPE 100G - Diz que a quantidade de saída é maior do que o demonstrativo, mas não apresenta as notas fiscais.

12190 - PIRES GRANDE LINHA PROFISS 5314/12 - Diz que as quantidades entrada e saída são maiores do que o demonstrativo, mas não apresenta as notas fiscais.

13211 - PIRES PEQUENO LINHA PROFISSIONAL 5313/12 - Diz que as quantidades de entrada e saída são maiores do que o demonstrativo, mas não apresenta as notas fiscais.

11148 - POLENTE PALITO CONG ATI GEL 4X2.5KG - Diz que deu baixa através da nota fiscal 391013. Esta nota tem o CFOP 5.949 e informação complementar NF REF A AJUSTE (LIMPEZA CADASTRO). A referida nota fiscal não pode ser considerada no levantamento quantitativo de estoque.

13741 - PUDIM ROYAL BAUN 50G - Diz que a quantidade de saída é maior do que o demonstrativo, mas não apresenta as notas fiscais.

14712 - RECHEIO GRANFIL CHOCOLATE TRUFADO 4KG - Diz que as quantidades de entrada e saída são diferentes do que o demonstrativo, mas não indica as notas fiscais.

12574 - REFR PO YOKI MORANGO 30G - Diz que o estoque inicial estava negativo. Não existe estoque negativo. Alega também que a quantidade de saída é maior do que o demonstrativo, mas não apresenta as notas fiscais.

14421 - REQ TRADICIONAL VIGOR 24X200G- Diz que a quantidade de saída é maior do que o demonstrativo, mas não indica as notas fiscais.

13800 - SACOLA TERMICA 43X38X20 - Diz que as quantidades de entrada e saída são diferentes do que o demonstrativo, mas não indica as notas fiscais.

12191 - XICARA CAPUCCINO LINHA PROFISS 5312/12 - Diz que as quantidades de entrada e saída são diferentes do que o demonstrativo, mas não indica as notas fiscais.

12054 - XICARA ESPRESSO LINHA PROFISS 5310/12 - Diz que as quantidades de entrada e saída são diferentes do que o demonstrativo, mas não indica as notas fiscais.

Ratifica a infração 01

Quanto a infração 02 faz a mesma afirmativa expostas na infração 01 relacionada ao alegado erro sistêmico na emissão da EFD e passa também a se pronunciar item a item sobre os questionamentos da autuada e mantém a autuação em sua integralidade.

Mantém os valores exigidos nas infrações 03 e 04 afirmando que seguiu o estabelecido nos dispositivos legais: art. 129, § 1º, III COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV, da CF.

Quanto ao pedido de realização de diligência entende ser desnecessária pois constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Finaliza mantendo integralmente a ação fiscal e pede a Procedência do Auto de Infração.

Na sessão de julgamento realizada no dia 18/12/2018 foi observado que o sujeito passivo na apresentação da defesa assevera que a fiscalização não considerou corretamente as informações contidas em seus documentos fiscais. Apresenta planilha digital indicando os supostos erros cometidos.

A autuante ao prestar a Informação Fiscal, após se manifestar item a item sobre os questionamentos defensivos, fls. 119 a 140, mantém integralmente a acusação fiscal.

Considerando que não foi dada ciência ao sujeito passivo desta Informação Fiscal, esta 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência à IFEP COMÉRCIO, para que a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega da cópia da Informação Fiscal e dos elementos acostados aos autos pelo autuante, fls. 116 a 142, concedendo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, querendo.

A diligência foi cumprida e às fls. 157 a 161 e o contribuinte se manifesta reiterando os argumentos defensivos relativo ao pedido de nulidade do Auto de Infração, ressaltando que em decorrência de erro sistêmico no momento da transmissão do arquivo EFD que resultou na não localização dos documentos fiscais que comprovam a infração se deu exclusivamente por ausência da análise mais apurada da Fiscalização no momento da diligência à empresa, uma vez que houve a regular emissão do documento fiscal da operação.

Informa estar anexando novas planilhas e respectivos documentos demonstrando a ilegalidade da autuação.

Diz que na infração 01 o preposto fiscal não levou em consideração as remessas referentes à comodato, remessa para conserto e demonstração, relativas ao produto 11989, bem como nas questões envolvendo as xícaras e pires

Afirma que tais operações, pormenorizadas nas planilhas que diz anexar, não sofrem tributação do ICMS, nos termos do artigo 3º, XVII, da Lei Estadual nº 7014/96, e por esta razão deve ser reconhecida a nulidade da infração, por violação ao disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Em relação a infração 02 diz que trata da suposta falta de recolhimento de ICMS constatada a partir de entrada e saída de mercadorias, e neste caso entende que se exigindo a cobrança de ICMS Normal e ICMS-ST sobre os mesmos produtos, pois o mesmo débito está sendo cobrado na infração 04.

Ressalta que o débito cobrado no Anexo 8, elaborado pela fiscalização, é o mesmo débito cobrado no “Anexo 14”, sendo esse relacionado à infração 2. Diversos produtos que são sujeitos ao regime de substituição tributária e bebidas estão sofrendo tributação em ambas as autuações, gerando o instituto do “*bis in idem*”.

Informa estar anexando novas planilhas demonstrando a ilegalidade da autuação. (Pag. 498 a 511) e documentos comprobatórios complementares (Pág. 512 a 890).

Prossegue dizendo que às infrações 03 e 04 são consequências lógicas das anteriores, como apontado na impugnação e ressalta que a empresa não pratica omissões em suas operações, tendo ocorrido, na maioria, apenas ajustes de estoques por erro de conferências, expedição ou mais diversos casos, não havendo conduta dolosa da empresa.

Pede o afastamento da pretensa cobrança do ICMS em decorrência da errônea imputação da base de cálculo, bem como pela visível ocorrência de “*bis in idem*” nas atuações, devendo ser aplicado o disposto no artigo 18, IV, “a” do RPAF/BA.

A autuante se manifesta às fls. 1062 a 1069 prestando os seguintes esclarecimentos em relação à infração 01:

Itens 11989 - GEMINI CS220 PLUG NOVO, xícaras e pires - A impugnante alega que a fiscalização não levou em consideração as operações de comodato, remessa para conserto e demonstração, entretanto, diz a autuante que estas operações não entram no levantamento quantitativo de estoque, argumentando que o comodato, por exemplo, é para bem do ativo e não para mercadorias. O levantamento quantitativo de estoque leva em consideração apenas mercadorias e não os bens do ativo. Estes itens constam no inventário de mercadoria inicial e final, assim como a empresa se creditou na entrada, portanto são mercadorias e não bens do ativo.

Após passa a se manifestar sobre as alegações inseridas no Anexo 1, folhas 162 a 171:

NF 418755 - CFOP 5.911 - REMESSA DE AMOSTRA GRATIS também não entra no levantamento quantitativo de estoque, porque amostra tem valor e quantidade diminuto ou nenhum valor comercial. Não está na medida comercializada.

NF 374873, 374876, 374907, 374977, 374993, 374991, 375013 e 375016 – Não estão escrituradas na EFD.

NF 406047 – CFOP 1.949 sem destaque de imposto.

NF 428356 – CFOP 5.949 sem destaque de imposto.

Item 14817 - EXTRATO TOM ELEFANTE 12X1.1KG – A impugnante alega que escriturou o inventário final errado. Esta justificativa de correção de inventário após a ação fiscal não é admitida.

NF 374895, 374981 e 375032 – Não estão escrituradas na EFD.

Item 10565 - FAROFA PRONTA YOKI 250G – A impugnante alega que o saldo inicial do produto estava negativo em -169 unidades, então emitiu a NF 358160, em 07/01/2014, com a finalidade de ajuste do saldo negativo. Não é possível existir estoque inicial negativo. O saldo escriturado foi zero. A justificativa de emitir NF para ajustar estoque negativo não é admitida.

Item 12435 - GELEIA RITTER MORANGO 400G - A impugnante alega que o saldo inicial do produto 13815, que foi agrupado com o item 12435, estava negativo em -14 unidades, então emitiu a NF 358160, em 07/01/2014, com a finalidade de ajuste do saldo negativo. Não é possível existir estoque inicial negativo. O saldo escriturado foi zero. A justificativa de emitir NF para ajustar estoque negativo não é admitida.

Item 11989 – GEMINI – A impugnante alega que as NF 274, 6238, 616, 620, 765, 367434, 5, 379088, 14, 101, 688, 397522, 398632, 398634, 429, 400664, 401868, 172132, 172127, 401879, 752, 407507, 184, 414594, 418515, 99, 213, 451, 16938, 25, 421878, 137, 54, 38, 430155, 430557, 13, 434000, 434003 e 434005 não constam do ANEXO 3. Estas notas têm o CFOP 1.909 e 2.909 (comodato), 1.915, 1.916 e 2.916 (conserto) e 1.949 sem débito de imposto. Na realidade estes CFOP não entram no levantamento quantitativo de estoque. A impugnante também alega que as NF 359073, 362196, 362583, 363129, 363549, 364080, 365012, 365532, 366319, 368244, 371815, 372514, 373579, 373709, 376065, 379357, 381847, 383987, 385144, 385152, 386281, 388860, 389406, 392023, 392895, 397091, 398987, 399841, 400666, 401589, 401880, 402206, 406033, 406628, 406992, 410562, 411692, 412290, 412291, 413191, 414333, 416123, 419439, 419441, 421881, 421882, 423231, 423863, 424050, 424379, 426173, 426545, 426594, 427366, 429162 e 430564 não constam do ANEXO 4. . Estas notas têm o CFOP 5.908, 6.908 (comodato), 5.912 (demonstração) e 5.916 (conserto). Na realidade estes CFOP não entram no levantamento quantitativo de estoque.

Item 10706 - KANI KAMA KG –A impugnante alega que o saldo inicial do produto estava negativo em -1,05KGs, então emitiu a NF 358160, em 07/01/2014, com a finalidade de ajuste do saldo negativo. Não é possível existir estoque inicial negativo. O saldo escriturado foi zero. A justificativa de emitir NF para ajustar estoque negativo não é admitida.

Item 11983 - KNORR MEU FEIJAO 1.1KG – A impugnante alega que a divergência registrada no estoque final em 02/2015, é apenas uma inconsistência sistêmica. Esta justificativa de correção de inventário após a ação fiscal não é admitida.

Item 12619 - MAIONESE VIGOR POUCH 200ML – A NF 374913 não consta na EFD, logo não houve o débito. A NF 418755 tem o CFOP 5.911 (amostra grátis) que não entra no levantamento quantitativo de estoque.

NF 391008 – CFOP 5.949 sem destaque de imposto.

NF 360118 – CFOP 5.949 sem destaque de imposto.

NF 374910 - Não consta na EFD, logo não houve o débito.

NF 390426 – Se a nota consta como cancelada na EFD, não houve o débito.

NF 416086 - CFOP 5.949 sem destaque de imposto.

NF 374873, 374880, 374967, 374977, 374978 e 375050 - Não constam na EFD, logo não houve o débito.

NF 375010 e 375032 - Não constam na EFD, logo não houve o débito.

NF 418755 - Tem o CFOP 5.911 (amostra grátis) que não entra no levantamento quantitativo de estoque.

Item 13784 - NUTELLA 350G – A NF 374829 não consta na EFD, logo não houve o débito. As NF 434472 e 422472 têm o CFOP 1.949 sem destaque de imposto. As NF 422470, 374566, 434471 têm o CFOP 5.949 sem destaque de imposto.

NF 418755 - Tem o CFOP 5.911 (amostra grátis) que não entra no levantamento quantitativo de estoque.

Item 12190 - PIRES GRANDE LINHA PROFISS 5314/12 – As NF 413191, 419439, 424050 e 427366 têm o CFOP 5.908 e 6.908 (comodato) que não entram no levantamento quantitativo de estoque. A NF 218 tem o CFOP 1.913 (demonstração) que não entram no levantamento quantitativo de estoque.

Item 13211 - PIRES PEQUENO LINHA PROFISSIONAL 5313/12 –As NF 385486, 387622, 388024, 388026, 388027, 6515, 388030, 388634, 389131, 390148, 390555, 390617, 390765, 390766, 390767, 390768, 392894, 393168, 393542, 393545, 394298, 397086, 397091, 397512, 397804, 397805, 397807, 400666, 402855, 402856, 403639, 403640, 404432, 405778, 406033, 406345, 406992, 406994, 408044, 408407, 410555, 411996, 412290, 412291, 412307, 412308, 413191, 414118, 414122, 414333, 414337, 415161, 416123, 416279, 416280, 417269, 418168, 418509, 419029, 419439, 420351, 420385, 420901, 423230, 423861, 423863, 424050, 424379, 426173, 426174, 426545, 426594, 426600, 427366, 430556, 431150 e 431653 têm o CFOP 5.908 e 6.908 (comodato) que não entram no levantamento quantitativo de estoque. As NF 218, 390335, 390336, 390560, 390563, 395896, 400664, 416625, 416630, 4, 2, 155, 420383, 1, 427910, 430150, 430163, 430172, 430581 e 431147 têm

CFOP 1.909, 2.909 (comodato) e 1.913 (demonstração) que não entram no levantamento quantitativo de estoque.

NF 391013 - CFOP 5.949 sem destaque de imposto.

NF 418755 - Tem o CFOP 5.911 (amostra grátis) que não entra no levantamento quantitativo de estoque.

Item 14712 - RECHEIO GRANFIL CHOCOLATE TRUFADO 4KG – As NF 394353, 394334 e 404882 têm CFOP 5.949 sem o destaque de imposto. As NF 390579 e 394356 têm o CFOP 1.949 sem o destaque de imposto.

Item 12574 - REFR PO YOKI MORANGO 30G – 418755 tem o CFOP 5.911- que não entra no levantamento quantitativo de estoque. Esta justificativa de correção de inventário após a ação fiscal não é admitida.

NF 390426 - Se a nota consta como cancelada na EFD, não houve o débito.

Item 13800 - SACOLA TERMICA 43X38X20 – A NF 427590 tem o CFOP 1.926 (formação de kit) e é da SOST para SOST, não há movimentação no estoque. As NF 359421, 359424, 365871, 371557, 375748, 382949 e 387731 têm CFOP 5.912 (demonstração) e 5.949 sem destaque do débito, que não entram no levantamento quantitativo de estoque.

Item 12191 - XICARA CAPUCCINO LINHA PROFISS 5312/12 – A NF 218 tem o CFOP 1.913 (demonstração) que não entra no levantamento quantitativo de estoque. As NF 413191, 419439, 424050 e 427366 têm CFOP 5.908 e 6.908 (comodato) que não entram no levantamento quantitativo de estoque.

Item 12054 - XICARA ESPRESSO LINHA PROFISS 5310/12 – As NF 385486, 387622, 388024, 388026, 388027, 6515, 388030, 388634, 389131, 390148, 390555, 390617, 390765, 390766, 390767, 390768, 392894, 393168, 393542, 393545, 394298, 395896, 397086, 397091, 397512, 397804, 397805, 397807, 398986, 399499, 400056, 400664, 400666, 401589, 402855, 402856, 403639, 403640, 404432, 405778, 406033, 406345, 406992, 406994, 408044, 408407, 410555, 411996, 412290, 412291, 412307, 412308, 413191, 414118, 414122, 414333, 414337, 415161, 416123, 416279, 416280, 417269, 418168, 418509, 419029, 419443, 420351, 420385, 420901, 423230, 423861, 423863, 424050, 424379, 426173, 426174, 426545, 426594, 426600, 427366, 430556, 431150, 431653 e 433259 têm o CFOP 5.908 e 6.908 (comodato) que não entram no levantamento quantitativo de estoque. As NF 218, 390335, 390336, 390560, 390563, 395896, 400664, 416625, 416630, 4, 2, 155, 420383, 1, 423441, 424358, 427910, 430150, 430163, 430172, 430581 e 431147 têm o CFOP 1.909 e 2.909 (comodato), 1.913 (demonstração) e 1.949 sem destaque de imposto que não entram no levantamento quantitativo de estoque.

Ratifica a infração 01.

Em relação às infrações 02 e 03 em que o contribuinte alega que está realizando a cobrança de ICMS normal e ICMS-ST sobre os mesmos produtos, o que por si só gera o instituto do *bis in idem*, esclarece que na infração 2 não está sendo cobrado o ICMS normal sobre a omissão de entrada dos itens do anexo 8. O que ocorreu foi que o levantamento quantitativo de estoque comprovou a omissão de entrada. De acordo com o art.4, § 4º, IV da Lei 7.014/96, presume-se a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar entradas de mercadorias não registradas, ou seja, a falta de registro de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais. O que se cobra na infração 2 é justamente as operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais. Neste caso, a base de cálculo do imposto é o valor da receita que corresponde ao custo das entradas omitidas.

Quanto a alegação de que o débito cobrado no ANEXO 8 é o mesmo débito cobrado no anexo 14 diz que a citação não corresponde com os ANEXOS 8 e 14. O ANEXO 8 tem o valor de R\$ 11.814,75 enquanto o ANEXO 14 tem o valor de R\$ 5.314,96.

Quanto as alegações dos inseridas no Anexo 1, folhas 663 a 676, passa a se manifestar nos seguintes termos:

Item 12611 - AMENDOIM JAPONES MEMDORATO 30G – As NF 436886, 437267, 437278, 498342, 502314, 507231, 508075 e 508112 têm o CFOP 5.949 sem destaque do imposto. As NF 498339 e 502312 têm o CFOP 5.949 sem destaque do imposto.

Item 13718 - APERITIVO APEROL 750 ML - As notas fiscais 456370 e 470810 constam no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA. Já a NF 501717, que consta, tem 24 UN e NF 502631, que não consta, também tem 24 UN. A troca não afeta o resultado.

Item 10111 – AZEITE DENDE KIDENDE 12X500ML - A NF 2679 tem o CFOP 1.949 sem o destaque do imposto.

Item 14800 - AZEITON DON PEPE VERDE GORDAL 2KG - As notas fiscais 458025 e 466506 constam no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE NOTA FISCAL DE SAÍDA. A NF 473410, segundo a impugnante não foi aprovada pela SEFAZ.

Item 15949 - BOMBOM NESTLE 355G – A nota fiscal 501937, CFOP 1.949, foi emitida para neutralizar NF 50189920. Por este motivo não foi considerada.

Item 10225 - BROCOLIS CONG ATI GEL 6X1.5KG – As notas fiscais 439585 e 436949 têm CFOP 1.949, que neste caso não pode ser incluída no levantamento quantitativo de estoque. A nota fiscal 462685 tem o CFOP 5.949, que para este caso não entra no levantamento quantitativo de estoque.

Item 12613 - CANTINA DA SERRA 880ML – As NF 466663 e 466664 foram lançados no ANEXO 11. As NF 448358, 448370, 452019, 455849, 457031, 467884, 436886, 436930 e 436954 têm o CFOP 1.949 sem o destaque do imposto.

Item 10377 - CHAMP V CLICQUOT BRUT 750ML – A NF 501627 tem o CFOP 5.119 (entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário) tem de constar no ANEXO 11. Não é operação de simples faturamento. As NF 475866, 480471, 500182, 502384 e 505731 têm o CFOP 5.949. As NF 487032, 500184, 502387 e 505732 têm o CFOP 1.949. Estas notas são da SOST para SOST, portanto não houve entrada ou saída no estoque.

Item 10558 - FAR TRIGO INTEGRAL 10KG - As NF 460231, 460232, 460233, 460248 não foram lançadas na EFD, logo o débito não foi lançado. Já as NF 471238 e 484271 têm o CFOP 5.949.

Item 10771- LEITE PO NINHO INT 400G – A NF 464163 tem o CFOP 5.202, e tem a informação de quantidade. Se fosse apenas divergência de preço, não teria a informação de quantidade.

Item 10958 - MEXILHAO DESC PATAMARES 20KG – A NF 498031 tem o CFOP 6.202 e tem a informação de quantidade. Se fosse apenas divergência de preço, não teria a informação de quantidade.

Item 12669 - MOLHO TOM TRAD BONARE SH 24X340G - A NF 444710 na realidade tem o CFOP 5.949 e não o CFOP 5.912 como relata a impugnante e deu saída com destaque de imposto. Depois a impugnante quer anular a saída com a NF 452321 de CFOP 1.912 (demonstração) sem destaque do imposto. A justificativa não é procedente.

Item 12621 - PATE PRESUNTO ODERICH 100G – A NF 436903 tem o CFOP 1.949 sem o destaque do imposto, que não entra no levantamento quantitativo de estoque.

Item 15799 - TEQUILA EL JIMADOR BLANCO 750ML – A NF 487033 tem o CFOP 1.949 e tem o CNPJ da própria SOST (07.041.307/0001-80). Se a nota fosse para devolução de mercadoria teria o CFOP 1.202 e o CNPJ do cliente (11.392.876/0001-47). A justificativa não procede. A NF 435618 é da SOST para a SOST e não entra no levantamento quantitativo de estoque. A NF 503277 de saída não consta na EFD.

Item 11389 - TEQUILA EL JIMADOR REPOSADO 750ML - A NF 487033 tem o CFOP 1.949 e tem o CNPJ da própria SOST (07.041.307/0001-80). Se a nota fosse para devolução de mercadoria teria o CFOP 1.202 e o CNPJ do cliente (11.392.876/0001-47). A justificativa não procede. A NF 503277 de saída não consta na EFD.

Item 15298 - TOMATE DESIDRATADO KNORR 750G - A NF 444710 na realidade tem o CFOP 5.949 e

não o CFOP 5.912 como relata a impugnante e deu saída com destaque de imposto. Depois a impugnante quer anular a saída com a NF 452321 de CFOP 1.912 (demonstração) sem destaque do imposto. A justificativa não é procedente.

Item 13819 - V IT LAMBRUSCO AMABILE ANELA BC 750ML – A NF 436908 tem CFOP 1.949 e CNPJ 07.041.307/0001-80 da própria SOST. Já a NF 432803 não está escriturada na EFD.

Quanto aos demais itens diz que já foram esclarecidos na primeira informação fiscal folhas 116 a 142.

Ratifica a infração 02.

Em relação as infrações 03 e 04 assevera que de acordo com o demonstrado anteriormente não houve *bis in idem*. Frisa que às infrações 02, 03 e 04, tem 3 fatos geradores distintos: 1) operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais de saídas anteriores caracterizadas pela omissão de entrada de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques (art.4, § 4º, IV da Lei nº 7.014/96); 2) imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário (art. 10, inciso I, “a” da Portaria 445/98); e, 3) imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo (art. 10, inciso I, “b” da portaria 445/98).

Ratifica as infrações 03 e 04.

Finaliza mantendo totalmente a ação fiscal.

O processo foi pautado para julgamento em 26 de junho de 2019, e em sustentação oral o representante legal da empresa asseverou que a fiscalização não considerou no levantamento fiscal quantidades referentes a notas fiscais devidamente autorizadas. Presente no julgamento a autuante justificou que as referidas notas não foram consideradas pois as mesmas não se encontravam registradas na Escrituração Fiscal Digital- EFD.

Os membros desta Junta de Julgamento decidiram pela conversão do processo em diligencia para que a autuante elaborasse novos demonstrativos referentes às infrações 01 e 02, considerando as quantidades relativas às notas fiscais não registradas na escrituração fiscal, porém, devidamente autorizadas, assim como excluísse, se fosse o caso mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Após foi solicitado que o sujeito passivo fosse cientificado, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

A autuante no atendimento da diligência, fls. 1.096 a 1.101, inicialmente destaca que os dados lançados na EFD referente as entradas não são lançadas exatamente como constam na NF-e de entrada. Muda o código do produto e descrição do produto.

Indica como exemplo a NF 4.398 onde o código do produto do contribuinte na EFD é 17872 e na NF-e o código do produto do fornecedor é 1452. Na EFD a descrição do contribuinte é SUCO SOJA ORIGINAL NATURIS 12X1L e na NF-e a descrição do fornecedor é ALIM. SOJA LV BATAVO 1000, conforme dados que transcreveu.

Acrescenta que a situação da escrituração da EFD entregue pelo contribuinte dificulta utilizar as quantidades das notas fiscais de entrada, já que na EFD o número do item não é o mesmo da NF-e.

Diz que um dado para vincular o produto do contribuinte na EFD e o produto do fornecedor na NF-e de entrada poderia ser o número do item, já que no GUIA PRÁTICO DA EFD - Versão 2.0.20, folhas 54 do arquivo em pdf em anexo, que determina o leiaute do REGISTRO C170, campo 2 (número do item), tem como descrição o número sequencial do item no documento fiscal. Porém a informação do número do item constante na NF-e não é o mesmo utilizado pelo contribuinte na EFD e com isto a utilização do número do item fica prejudicada. Vide a mesma NF 4.398 que na NF-e o item 1 é ALIM. SOJA LV BATAVO 1000, valor R\$ 3.478,20, enquanto na EFD aparece como item 2, valor R\$ 3.478,20, SUCO SOJA ORIGINAL NATURIS 12X1L.

Assevera ser obrigação do contribuinte a confecção da EFD de acordo com a documentação e legislação. A SEFAZ não pode assumir o ônus de levantar a informação devido ao erro do contribuinte na confecção da EFD.

Entende que uma forma para contornar está situação seria o contribuinte informar para cada NF-e uma relação DE/PARA relacionando o código usado pelo contribuinte com o código usado pelo fornecedor. Assim, a empresa foi notificada por meio da intimação 22, através do DT-e, para:

1. Indicar as notas não registradas na escrituração fiscal, porém, devidamente autorizadas informando a chave de acesso da NF-e;
2. Comprovar o lançamento das respectivas notas na escrituração contábil, vinculando a prova com a respectiva chave da NF-e; e,
3. Relação em Excel DE/PARA

A impugnante respondeu à intimação 22 através de e-mail dos dias 09-05-2020, 12-05-2020, 25-05-2020 e 15-06-2020.

No e-mail do dia 09-05-2020 a impugnante cita: “Porém reforçamos que a empresa não possui estrutura para elaborar planilha contendo relação DE/PARA referente ao código de produto do fornecedor, e que corresponde ao código de produto da empresa.”.

No e-mail do dia 12-05-2020 a defendant faz algumas observações e cita: “Todos os registros de entrada estão na Escrituração Fiscal (SPED)”.

Com relação ao item 1446 - CACHACA SANTA DOSE 700ML o contribuinte acusou duas notas de entrada que não foram consideradas pelo fisco.

- NF 390114, chave 29140607041307000180550030003901141111011065, que foi denegada e também considerada na saída pelo contribuinte.
- NF 390586, chave 29140607041307000180550030003905861111013065, digito verificador da chave de acesso invalido.

Ainda com relação ao item 1446 o contribuinte acusou três notas de saída que não foram consideradas pelo fisco:

- NF 390114, chave 2914060704130700018055003, que foi denegada e também considerada na entrada pelo contribuinte.
- NF 391009, chave 29140607041307000180550030003910091111016066, CFOP 5.949, sendo mesmo emitente e destinatário sem motivo da emissão no campo informação complementar.
- NF 397267, chave 29140707041307000180550030003972671111017076, CFOP 5.949, sendo mesmo emitente e destinatário sem motivo da emissão no campo informação complementar.

Em seguida diz que estas alegações não fazem parte da solicitação da diligência. Não há correção a fazer para este item, conforme esclarecimento anterior.

No e-mail do dia 25-05-2020, a impugnante alega que o item 11989 GEMINI CS220 PLUG NOVO foi o que teve maior divergência e decorre da Autoridade Fiscal não levar em consideração as movimentações de comodato, remessa para conserto e demonstração. O procedimento se repete para os itens da mesma linha comercial, como xícaras e pires.

Tal alegação é improcedente, porque estes CFOP não entram na movimentação do estoque. Esta alegação não faz parte da solicitação da diligência e já foi observada anteriormente, inclusive na sessão de julgamento.

Em relação ao exercício de 2014 diz que foram analisados os anexos do e-mail de 25-05-2020. As notas de saída autorizadas e não existente na EFD foram incluídas. A defendant só enviou a comprovação do lançamento na ECD das vendas do dia 27/03/2014. Foi feito uma amostragem das notas autorizadas e não lançadas na EFD no dia 27-03-2014 e foram encontradas na ECD do mesmo

dia. As notas fiscais de entrada que tiveram a chave informada não tinham o código que o fornecedor utiliza para o produto. O próprio contribuinte informou no e-mail do dia 09-05-2020 que a empresa não possui estrutura para elaborar planilha contendo relação DE/PARA referente ao código de produto do fornecedor, e que corresponde ao código de produto da empresa. Ainda assim, foi feito uma amostragem com os códigos 10377, 10513, 10559, 10701, 12278, 13250, 13568 e 14271 e todas as notas com chave já constavam no demonstrativo de entrada. Isto está de acordo com a citação da impugnante de que todos os registros de entrada estão na Escrituração Fiscal (SPED), conforme e-mail do dia 12-05-2020. Portanto se já estavam na EFD foram considerados no demonstrativo de entrada.

EXERCÍCIO 2015

Só foi apresentado um anexo para este exercício através do e-mail de 15-06-2020. Este demonstrativo não atende a intimação 22. As observações constantes fogem do objetivo da diligência. Ainda assim foram analisadas. Foi constatado que são as mesmas alegações de defesas anteriores e já foram analisadas na primeira informação fiscal folhas 116 a 142.

Cabe observar que, em nome da verdade material, a alteração dos quantitativos nas infrações 01 e 02 repercutem nas infrações 03 e 04. Não pode alterar as infrações 01 e 02 sem alterar as infrações 03 e 04. Por este motivo as infrações 03 e 04 também foram revisadas.

Com relação a determinação de excluir, se for o caso, as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, informa que não há motivo para tal exclusão. Na infração 02, omissão de entrada superior a omissão de saída, não se reclama o ICMS-ST e nem o ICMS devido a omissão de entrada e sim, operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais de saídas anteriores caracterizadas pela omissão de entrada de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques. A exigência do pagamento do imposto é embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto (inciso II, do art. 7, da Portaria nº 445/98 c/c Lei nº 7.014/96, art.4º, § 4º, IV). Neste caso a base de cálculo do imposto é o valor da receita não contabilizada, que corresponde ao custo das entradas omitidas, em função do preço médio das compras efetuadas (inciso I, do art. 8, da Portaria nº 445/98). Como parte das vendas da recorrente estão sujeitas a antecipação tributária, aplica-se a Instrução Normativa 56/07, cujo percentual está na coluna “P” do ANEXO 22 - DEMONSTRATIVO DO ESTOQUE - 2015 – DILIGÊNCIA. A infração 03 reclama o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, referente mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária que tiveram omissão de entrada, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (alínea “a”, do inciso I, do art. 10 da Portaria nº 445/98 c/c Lei nº 7.014/96, art. 6º, IV). A infração 4 reclama 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 1 do RICMS/12, deduzida a parcela do tributo calculada na infração 3, a título de crédito fiscal (alínea “b”, do inciso I, do art.10 da Portaria nº 445/98).

Informa ter elaborado novos demonstrativos, para análise dos julgadores, de acordo com os anexos 18 a 25, apurando os valores indicados a seguir:

INFRAÇÃO	ANO	ANEXO	VALOR
01	2014	18	22.724,47
02	2015	22	12.290,21
03	2014	20	4.653,67
03	2015	24	14.729,53
04	2014	21	1.356,56
04	2015	25	5.361,86

A empresa ao ser cientificada se pronuncia às fls. 1.130 a 1.136, inicialmente fazendo um breve resumo dos fatos. Após destaca que a diligência fiscal tem por intuito reanalisar a autuação devido a evidencia de erros ou por conta de complexidade da matéria em questão.

No presente caso foi determinado que a autoridade fiscal elaborasse novos demonstrativos incluindo as quantidades relativas as notas fiscais que foram autorizadas e não registradas na escrituração fiscal. Com efeito a autoridade fiscal encaminhou a Intimação nº 22 para que fosse providenciado no exíguo prazo de cinco dias os seguintes esclarecimentos:

- 1 - *Indique as notas não registradas na escrituração fiscal, porém, devidamente autorizadas informando a chave de acesso da NF-e;*
- 2 - *Comprove o lançamento das respectivas notas na escrituração contábil, vinculando a prova com a respectiva chave da NF-e; e,*
- 3 - *Relação em Excel DE/PARA*

Assevera que de acordo com os e-mails anexos todos os pedidos e esclarecimentos foram efetivamente cumpridos.

Ressalta que foi apresentada planilha contendo toda justificativa relacionada a dita Omissões de saídas, indicando pormenorizadamente todas as notas fiscais autorizadas, mas que por erro sistêmico, no dia 27/03/2014 não foram transportados para a EFD.

Indica que a fiscalização não considerou que a maior divergência está no código 11989 - GEMINI CS2209 PLUG NOVO, pois são decorrentes de operações envolvendo movimentações inerentes a comodato, ou seja, remessa para conserto e demonstração. O procedimento se repete para os itens da mesma linha comercial, como xícaras e pires.

Acrescenta que também disponibilizou planilha “Justificativa Omissões de Entradas”, onde ficou constatado de forma simplificada que todas as movimentações foram realizadas mediante emissões de NF-e autorizadas e lançadas na EFD. Porém as movimentações de saídas e entradas informadas pela Autoridade Fiscal - Planilha Anexo I Estoque - 2014, não condizem com as operações praticadas e informadas pela impugnante na EFD, por isso da divergência.

Ratifica que não praticou nenhuma omissão capaz de ensejar a manutenção das infrações, pois todos os lançamentos sempre são realizados com emissão de notas fiscais.

Diz que após a diligência foram realizados ajustes de estoque da Impugnante sendo efetivamente demonstradas as regularidades das operações e mesmo assim a autoridade fiscal não levou em consideração, principalmente as operações realizadas através dos CFOPs 1949 e 5949. Inclusive foi disponibilizada à autoridade fiscal o livro Razão extraído da ECD das vendas realizadas no dia 27/03/2014, contudo a fiscalização apenas se utilizou de estimativas e desprezou a verdade material.

Assevera que a mesma linha foi adotada pela Impugnante no que concerne aos esclarecimentos sobre as supostas omissões das entradas e saídas de 2015, sendo disponibilizada planilha indicando todas as alegadas inconsistências.

Reitera que todas as movimentações de estoque realizadas pela impugnante são mediante documentos fiscais e que todas as divergências apontadas pela autoridade fiscal tratam-se na verdade de operações envolvendo Simples Remessa que não foram levadas em consideração nas planilhas dos Anexos 10 (Entrada) e 11 (Saída).

Arremata que não há como concordar com o resultado da diligência destacando pontos que a autoridade fiscal não observou em relação aos seguintes itens:

14464 – CACHAÇA SANTA DOSE 700 ml: Não foi observado pela fiscalização que a nota fiscal 390114 foi cancelada razão pela qual não foi considerada pela SOST na saída e nem na entrada. A quantidade de itens contidos na referida NF é exatamente a mesma que está sinalizando como Omissão de Entrada.

Com relação a NF 390586 indica a chave correta e afirma que a divergência da numeração foi sinalizada para a fiscalização, porém, não foi levado em consideração.

Com relação a NF 391009 e NF 397267 existiu a movimentação de saída através do CFOP 5949 e tal

registro consta lançado na EFD e não foi considerado no levantamento fiscal. No caso houve movimentação interna para ajuste de estoque (inventário), por isso existe o mesmo emitente e destinatário em nome da SOST.

11989 - GEMINI CS220 PLUG NOVO - São inerentes a comodato, conserto ou demonstração e como é cediço tais operações não sofrem incidência do ICMS.

Pontua que durante toda a diligência sempre atendeu a todas as solicitações da autoridade fiscal, contudo em relação ao exercício de 2014 foram enviadas a comprovação apenas do dia 27/03/2014, em razão da extensão do arquivo da ECD, e que a referida data de amostragem foi sugerida pela autoridade fiscal, em vista de tratar-se do dia onde se constatou o maior fluxo de inconsistências.

Frisa que foi formalizado à autoridade fiscal através de e-mail datado de 11/05/2020 e 25/05/2020 que caso houvesse necessidade seria encaminhado todo o exercício, porém, não houve posicionamento sobre a questão.

Ato contínuo, após e-mail encaminhado no dia 15/06/2020 não houve mais nenhuma comunicação por parte da autoridade fiscal, somente após a conclusão da diligência foi formalizado que as informações apresentadas não atendiam a intimação nº 22.

Após afirmar que a empresa se colocou a inteira disposição da autoridade fiscal para o efetivo cumprimento da diligência, inclusive questionando sempre se a autoridade fiscal necessitava de mais alguma informação ou documentos, diz que ainda restam inconsistências nos trabalhos de fiscalização, que violam o direito ao contraditório e ampla defesa, além de violarem o princípio da verdade material.

Finaliza pugnando pela improcedência do Auto de Infração em decorrência da errônea imputação da base de cálculo da cobrança do tributo e violação a verdade material, bem como pela visível ocorrência de *bis in idem* nas autuações, aplicando-se o disposto no artigo 18, IV “a” do RPAF/BA.

A autuante se pronuncia, fls. 1.152 a 1.153, dizendo que a impugnante cita que a JJF determinou que a autoridade fiscal elaborasse novos demonstrativos incluindo as quantidades relativas às notas fiscais não registradas na escrituração fiscal e teriam sido autorizadas.

Externa o entendimento de que na realidade a JJF determinou a inclusão das quantidades relativas às notas fiscais não registradas na escrituração fiscal e que tiveram sido autorizadas e também lançadas na escrita contábil.

Prossegue dizendo que segundo e-mail, do dia 12/05/20, da própria defendant, folha 1093, não existiriam notas fiscais de entradas não escrituradas. Por este motivo só foram consideradas as notas fiscais de saídas não lançadas na EFD autorizadas e constantes na escrita contábil, conforme anexos 18 a 25, sendo assim foi cumprido o pedido de diligência.

Informa que a impugnante só traz um fato novo, que diz respeito a chave correta da nota fiscal 390.586, porém após pesquisa no site que indicou, constatou que a referida NF-e é inexistente.

Quanto às demais arguições diz que as mesmas já foram rebatidas nas informações anteriores, folhas 116 a 142, 1.062 a 1.069 e 1096 a 1.128.

Finaliza ratificando as referidas informações fiscais e pede um julgamento exemplar pela procedência parcial do Auto de Infração.

O processo foi pautado para julgamento, e na sessão realizada no dia 04 de março de 2021, o preposto da empresa asseverou que:

1. *O item 11989- GEMINI CS220 PLUG NOVO e demais itens da mesma linha comercial, como xícaras e pires são destinados a comercialização e também a comodato, conserto ou demonstração e na escrituração do livro Registro de Inventário não fez às devidas separações, razão pela qual entende que as movimentações através de notas fiscais com CFOPs 5908 e 5912 devem ser consideradas no levantamento quantitativo e estoque;*
2. *Em relação ao ajuste de estoque informa que utiliza nos documentos fiscais os CFOPs 1949 e*

5949, sendo que no caso do CFOP 5949 destaca o valor do imposto, o que no seu entender equivale ao estorno do crédito anteriormente utilizado.

Considerando que a auditoria diz respeito à levantamento quantitativo de estoque de mercadorias. Considerando que restou comprovado o argumento defensivo de que diversas notas fiscais de saídas autorizadas não foram informadas na EFD, a exemplo das do dia 27/03/2014, o processo foi mais uma vez convertido em diligência à INFRAZ de origem para que **auditor estranho ao feito** tomasse as seguintes providências:

1. Esclarecesse a finalidade das operações realizadas através dos CFOPs: 5908; 5912; 1949 e 5949, anexando ao PAF, por amostragem, cópias das mesmas;
2. Intimasse o autuado, concedendo o prazo de 30 dias, a indicar todas as quantidades relativas as notas fiscais de entradas e saídas não registradas na escrituração fiscal, porém, devidamente autorizadas, assim como as operações realizadas através dos CFOPs 5908; 5912; 1949 e 5949, desde que tais operações tenham influência na movimentação do estoque da empresa;
3. Sendo apresentado o acima solicitado foi solicitada a elaboração de novos demonstrativos, se fosse o caso, e exclúisse das infrações 01 e 02, as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Foi recomendado que os trabalhos fossem acompanhados pelo assistente técnico indicado pelo sujeito passivo, Sr. Anderson Henrique Ramos, que exerce na empresa a função de supervisor fiscal.

Às fls.1.169 a 1.178, foi anexo relatório da diligência realizada pela Supervisora do segmento Atacado, Simone M^a Valverde Guimarães, informando que a Impugnante foi cientificada das Intimação 11849441, que continha o seguinte texto:

"Intimação para atendimento de solicitação do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF/BA referente diligência do AI Nº 274068 0011/18- 2, fls. 1161 a 1164: Fica o contribuinte intimado para apresentar no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da ciência do recebimento desta: 1. Os esclarecimentos da finalidade das operações realizadas através dos CFOPs: 5908, 5912, 1949 e 5949; 2. Indicar todas as quantidades relativas as Notas Fiscais de entradas e saídas não registradas na escrituração fiscal, porém, devidamente autorizadas, assim como as operações realizadas através dos CFOPs 5908, 5912, 1949 e 5949, desde que tais operações tenham influência na movimentação do estoque da empresa."

Em resposta à Intimação 11849441, e-mail de 18-10-2022, de autoria do Sr. Anderson Henrique Ramos, a Impugnante respondeu:

*"Conforme solicitado via mensagem DT-e, segue anexo levantamento das informações quantitativas solicitadas referente aos CFOP's 5908, 5912, 1949 e 5949.
OBS: Todas as operações realizadas em 01/2014 a 12/2015 através dos CFOP'S 5908, 5912, 1949 e 5949 movimentaram o estoque e foram registradas na escrituração fiscal."*

No mesmo e-mail de 18-10-2022 também foi anexado a planilha de nome Movimentações Estoque 2014-2015 em excel.

Como a Impugnante não esclareceu a finalidade das operações realizadas através dos CFOPs: 5908, 5912, 1949 e 5949, conforme intimado, seguem as explicações técnicas.

- 5908 - Remessa de bem por conta de contrato de comodato - Comodato é o empréstimo para uso temporário, a título gratuito, de bem Infungível (que não pode ser substituído por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade), que deverá ser devolvido após o uso ou dentro de prazo predeterminado, mediante contrato, no qual a pessoa que empresta o bem é chamada de comodante e a pessoa que recebe é chamada de comodatária.
- 5912 - Remessa de mercadoria ou bem para demonstração - A operação de demonstração tem a finalidade de permitir que o destinatário (pessoa física ou jurídica) possa testar e conhecer a qualidade da mercadoria para que, então, decida ou não adquiri-la.
- 1949 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada - Classificam-se neste código as outras entradas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido

especificadas nos códigos anteriores.

- 5949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado - Classificam-se neste código as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificadas nos códigos anteriores.

Nem toda nota emitida com o CFOP 1949 ou 5949 implicam em movimentação de estoque.

Analisando o respectivo PAF, foi localizado um e-mail do dia 12-05-2020, fls. 1.093, através do qual a Impugnante admite que todas as notas de entrada foram lançadas na escrita fiscal.

Com relação as notas fiscais de saída não lançadas na escrita fiscal, porém, autorizados, todas já foram incluídas através dos anexos 18 a 25, fls. 1104 a 1126. Na resposta à Intimação 11849441, o Sr. Anderson informou que todas as operações realizadas em 01/2014 a 12/2015 através dos CFOP'S 5908, 5912, 1949 e 5949 foram registradas na escrituração fiscal. Portanto, não há o que se falar de notas não registradas na escrita fiscal, porém, autorizadas não foram considerados no levantamento quantitativo de estoque, pois as operações padrões em levantamento quantitativo de estoque foram consideradas. A questão em lide é quais os tipos de operações devem ser considerados no levantamento quantitativo de estoque. Existe uma divergência entre Autuante e Autuada. A Impugnante defende que as operações com CFOP 5908 e 5912 sejam incluídas no levantamento quantitativo de estoque. No procedimento padrão, as operações com CFOP 5908 não são consideradas no levantamento quantitativo de estoque, porque não movimentam mercadorias e sim bens, que não estão relacionados no estoque. A operação com CFOP 5912 transferem a mercadoria do estoque em mão do contribuinte para mercadoria em estoque em mão de terceiros. Estes tópicos merecem melhor detalhamento, o que será feito adiante.

OPERAÇÕES DE COMODATO

No procedimento padrão não se considera no levantamento quantitativo de estoque operações de comodato, pois não são operações com mercadoria e sim com bens. Entretanto, a Impugnante alega que tais operações movimentam o seu estoque.

Para dirimir a questão foi realizada pesquisa e encontrado o AI 274068.0021/18-8, da mesma empresa e sobre a mesma matéria, que já foi julgado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão 0342-11/22-VD (em anexo), que cita:

"Quanto à alegação de que não foram consideradas as operações relacionadas às saídas e retorno de máquinas em comodato, registro que várias diligências foram empreendidas com vistas a se chegar à verdade material, sem, contudo, obter êxito.

O exame da contabilidade do Sujeito Passivo revela que não houve escrituração das alegadas saídas em comodato, conforme pontua a autuante, em detalhada análise empreendida, às folhas, 493/502, cujo trecho destaco abaixo.

...

Em sua manifestação, o Sujeito Passivo admite que não havia registrado tais operações em sua escrita contábil, o que somente aconteceu após o início da ação fiscal, conforme confessa em manifestação às folhas 530/539, cujo trecho destaco abaixo.

...

Ora, os livros empresariais fazem prova contra o empresário, conforme dispõe o 417 do CPC, abaixo reproduzido.

...

Não tendo, todavia, providenciado os registros contábeis pertinentes capazes de provar a ocorrência dos fatos que alega, não pode, após a ação fiscal, querer retificar a sua escrita, para fazer constar informações que são do seu interesse, já que se trata de prova produzida unilateralmente.

Assim, entendo que o Sujeito Passivo não logrou êxito em elidir a parte remanescente do lançamento."

O critério de analisar os lançamentos contábeis das supostas operações de comodato foi seguido com a finalidade de adotar uniformidade sobre a questão em lide. A citada câmara determinou que se intime o Sujeito Passivo a apresentar os lançamentos contábeis relacionados às operações de

entrada e saída dos bens a título de comodato e confrontar as notas fiscais com a documentação entregue, com vistas a avaliar se possuem o condão de provar a existência de bens em poder de terceiros.

A Impugnante foi cientificada através da Intimada de 11793333 para apresentar os seguintes documentos e prestar as informações abaixo: que continha o texto:

"Intimação para atendimento de solicitação do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF/BA referente diligência do AI Nº 274068 0011/18-2, pág.489: Fica o contribuinte intimado para apresentar no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da ciência do recebimento desta, os lançamentos contábeis relacionados às operações de entrada e saída dos bens a título de comodato, exercícios 2014 e 2015."

Através de e-mail, do dia 24-05-2022, a recorrente apresentou os seguintes documentos:

1. Lançamentos contábeis SOST (descrição dos lançamentos contábeis);
2. Imobilizado SOST Nespresso (razão consolidado da conta: 108246 - 1.2.03.01.0053 - Maquinas Nespresso);
3. Comodato Nespresso SOST (passivo) (razão consolidado conta: 110958 - 2.4.01.01.0001 - Produtos Nespresso Comodato);
4. Comodato Nespresso SOST (Ativo) (razão consolidado conta: 110941 - 1.4.01.01.0001 - Produtos Nespresso Comodato);

Os demonstrativos estão conjugados no período de 2012 a 2018 e não um demonstrativo para cada ano.

COMO FEZ O LANÇAMENTO FISCAL

A empresa deu entrada de ZENIUS e GEMINI (cafeteira Nespresso), xícara, pires e outros itens com o CFOP 2.102 - compra para revenda e utilizou o crédito.

Esses itens constam no inventário da Escrituração Fiscal Digital - EFD, que é destinado a mercadoria para revenda e não para itens do Ativo Não Circulante. O IndProp é 0, que significa que o item é propriedade do informante e está em seu poder.

COMO DEVERIA FAZER O LANÇAMENTO FISCAL SE O ITEM FOSSE PARA COMODATO E NÃO O FEZ

Usar CFOP 2.551 - compra de bem para o Ativo Imobilizado, pagar DIFAL e lançar o crédito do CIAP na proporção 1/48.

Caso a mercadoria seja transferida do estoque de mercadoria para o Ativo para ser item de comodato, a empresa deve emitir uma nota fiscal para dar baixa no estoque, estornar o crédito e lançar o bem no Ativo Imobilizado.

COMO DEVERIA FAZER O LANÇAMENTO CONTÁBIL SE O ITEM FOSSE PARA COMODATO

Quando o bem é para operação em comodato o contribuinte deve: 1 - na aquisição dos bens que serão objeto de contrato de comodato, a empresa comodante deve registrá-los em uma conta própria do Ativo Não Circulante subgrupo imobilizado; e, 2 - na entrega do bem à comodatária, a comodante deve transferir o bem para conta própria do imobilizado em operação

COMO A EMPRESA DESCRIEVEU O PROCESSO

Na compra dos equipamentos para comodato

Débito na conta 1.2.03.01.0053 Maquinas e Nespresso, no Grupo Imobilizado - Ativo não Circulante

Crédito na conta 2.1.01.01.0705 do fornecedor Nestlé - Passivo Circulante

No envio dos equipamentos em comodato

Débito na conta 1.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Ativo não Circulante

Crédito na conta 2.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Passivo

não Circulante

Na devolução dos equipamentos em comodato

Débito na conta 2.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Passivo não Circulante

Crédito na conta 1.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Ativo não Circulante

COMO A EMPRESA PROCEDEU

A fiscalização tem obrigação de conferir a veracidade dos dados apresentados. Através do Sistema Contábil da Receita Federal e da ECD é possível gerar o balancete e diário geral. A fiscalização se preocupou em verificar se a ECD foi substituída para utilizar a última versão enviada.

Analisando o balancete e diário (documentos oficiais), não foram identificadas as contas: 1.2.03.01.0053 Maquinas e Nespresso, no Grupo Imobilizado - Ativo não Circulante, 1.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Ativo não Circulante e 2.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Passivo não Circulante, que a empresa supostamente lança na sua contabilidade bens para operações de comodato.

Tomemos como exemplo de 2015 o item 11989 - GEMINI CS220 PLUG NOVO, a nota fiscal de compra 1444981, com data de entrada em 19/03/2015, que tem os seguintes lançamentos no diário:

Data	Cód. Conta	Conta	D/C	Valor	Histórico
19/03/2015	1436	Compras	D	3.300,00	COMPRA DE MERCADORIAS NA DATA NF 1444981NESTLE BRASIL LTDA
19/03/2015	51919	NESTLE BRASIL LTDA.	C	3.300,00	COMPRA DE MERCADORIAS NA DATA NF 1444981NESTLE BRASIL LTDA

Ao contrário do que citou a recorrente as supostas compras para comodato não foram lançadas a débito na conta 1.2.03.01.0053 Maquinas e Nespresso, no Grupo Imobilizado - Ativo não Circulante, por sinal esta conta nem existe, e sim na conta 1436 – Compras, cuja contas de nível imediatamente superior é 1420 - CUSTO DOS PRODUTOS VENDIDOS, que tem a conta no plano de contas referencial 3.01.01.03.01.02, que é uma conta de resultado.

Veja o recorte dos registros I05, I051 e I052:

I050|01012015|04|S|4|1420|1413|CUSTO DOS PRODUTOS VENDIDOS|

I050|01012015|04|A|5|1436|1420|Compras|

I051|1|3.01.01.03.01.02|

I052|1|1420|

Foi consultado no diário geral as notas fiscais com CFOP 5.908 - Remessa de bem por conta de contrato de comodato de números 439887, 443259, 450019 e 456372 do item 11989 - GEMINI CS220 PLUG NOVO e não foram localizadas. Se as supostas saídas fossem para comodato deveriam ter sido lançadas, segundo a impugnante, nas contas 1.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Ativo não Circulante e 2.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Passivo não Circulante. Nem as referidas contas como quaisquer outros lançamentos dessas notas foram localizadas na ECD.

Foi consultado no diário geral as notas fiscais com CFOP 1.909 - Retorno de bem remetido por conta de contrato de comodato de números 439578, 442155, 460488 e 464055 do item 11989 - GEMINI CS220 PLUG NOVO e não foram localizadas. Se os supostos retornos de comodato existissem, deveriam ter sido lançadas, segundo a impugnante, nas contas 2.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Passivo não Circulante e 1.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Ativo não Circulante. Nem as referidas contas como quaisquer outros lançamentos dessas notas foram localizadas na ECD.

Na ECD, a conta Estoque Mercadoria tem em 2014 o valor de R\$ 11.221.268,71 e na EFD é de R\$

11.221.234,06. Na ECD, a conta Estoque Mercadoria tem em 2015 o valor de R\$ 12.365.858,02 e na EFD é de R\$ 12.365.801,02.

Na EFD, consta os itens ZENIUS e GEMINI (cafeteira Nespresso), xícara, pires com o código de indicador de propriedade/posse sendo 0, que significa item de propriedade do informante e em seu poder. Isto significa que praticamente todo estoque para revenda descrito na EFD está contabilizado na conta Estoque Mercadoria.

Não existe indicação destes itens em posse de terceiros. Ou seja, as documentações apresentadas não possuem o condão de provar a existência de bens em poder de terceiros, às datas do levantamento de estoque, ou seja, dias 31/12/2014 e 31/12/2015.

A pesquisa das supostas contas também foi feita diretamente na ECD através da ferramenta Editar/Localizar e não foram encontradas.

A empresa tem obrigação de fazer a escrituração fiscal e contábil de forma a refletir a fidelidade das operações da empresa. Como não existe na contabilidade operações em comodato, não está provado a existência das operações em comodato.

O levantamento quantitativo de estoque é baseado na formula contábil

EF = EI + ENTRADAS – SAÍDAS

Isto significa que para considerar as entradas e saídas das supostas operações de comodato tem de considerar também os estoques inicial e final dos itens em posse de terceiro. Ocorre que não existe o registro dos estoques inicial e final de itens em posse de terceiro. Desta forma fica impossível a inclusão dos itens de comodato no levantamento quantitativo de estoque. Caso contrário, causa desequilíbrio na formula.

Uma vez que a suposta operação de comodato não é contabilizada, além de documentos entregues não serem os mesmos constantes na ECD (documento oficial), o Fisco pode interpretar como uma simulação para uma saída sem tributação, ou seja, uma omissão de saída. Portanto os itens são para revenda e não do Ativo Imobilizado, devendo ser incluído no levantamento quantitativo de estoque sem considerar as supostas saídas para comodato.

Cabe ao órgão julgador as devidas providências em relação a apresentação de provas não fidedignas.

OPERAÇÃO DE DEMONSTRAÇÃO – CFOP 5.912

De acordo com o Ajuste Sinief nº 2/2018, considera-se a operação com CFOP 5912 - remessa de mercadoria ou bem para demonstração a operação pela qual o contribuinte remete mercadorias a terceiros, em quantidade necessária para se conhecer o produto para que, então, decida ou não comprá-la.

Após análise, o produto deve retornar através do CFOP 1.913 - retorno de mercadoria ou bem remetido para demonstração.

Nas operações de demonstração a incidência do ICMS é suspensa conforme art. 280 do RICMS. Ainda conforme o § 7º do citado artigo, as mercadorias deverão retornar ao estabelecimento de origem, no prazo máximo de sessenta dias, contado da data da saída, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade. A transmissão de propriedade é realizada através de nota fiscal própria. Isto significa que não existe transmissão de propriedade nas operações de demonstração.

Quando a empresa remete a outra empresa mercadoria para demonstração deverá registrar contabilmente esta operação em contas de controle:

a) Pela remessa dos bens:

D – MERCADORIA REMETIDA P/ DEMONSTRAÇÃO - (Conta de Compensação Ativa)

C – DEMONSTRAÇÃO DE MERCADORIA EM PODER DE TERCEIROS (Conta de Compensação

Passiva)

b) Pelo retorno dos bens remetidos para demonstração:

D – DEMONSTRAÇÃO DE MERCADORIA EM PODER DE TERCEIROS (Conta de Compensação Passiva)

C – MERCADORIA REMETIDA P/ DEMONSTRAÇÃO - (Conta de Compensação Ativa)

As Notas Fiscais 438535, 475875 e 482490, de CFOP 5.912 - remessa de mercadoria ou bem para demonstração, foram pesquisadas no diário geral e não foram localizadas.

As Notas Fiscais 479975, 486508 e 499391, de CFOP 1.913 - retorno de mercadoria ou bem remetido para demonstração, foram pesquisadas no diário geral e não foram localizadas.

Caso o item que saiu para demonstração não tenha retornado até o dia 31 de dezembro, esse deve constar no estoque como item em posse de terceiros, conforme a conta MERCADORIA REMETIDA P/ DEMONSTRAÇÃO.

Como demonstrado anteriormente, não existe registro de estoque em mão de terceiros, o que impede incluir as operações de demonstração no levantamento quantitativo de estoque. Caso contrário, causa desequilíbrio na formula $EF = EI + ENTRADAS - SAIDAS$.

EXCLUSÃO DAS MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Não se deve excluir as operações sujeitas ao regime de substituição tributária das infrações 01 e 02.

Na infração 01 não se cobra omissão de saída de mercadorias sujeitas a antecipação tributária.

A infração 01 trata falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saída 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.

A infração 02 trata de falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal (art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei nº 7.014/96) de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizados, no mesmo exercício.

Quando um item tem calculado a omissão de saída, aplica-se como base de cálculo o art. 23-B, da Lei nº 7.014/1996.

“Art. 23-B. Nos casos de apuração de omissão de saídas apurada pelo Fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, a base de cálculo do ICMS é:

I - o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado;

II - inexistindo documentos fiscais relativos às saídas das mercadorias no período fiscalizado:

a) o custo médio das entradas no último mês em que a mercadoria houver sido adquirida no período fiscalizado, acrescido da margem de valor adicionado constante no inciso I do § 1º do art. 22 desta Lei;

b) inexistindo documento fiscal de aquisição das mercadorias no período fiscalizado:

1. o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado, acrescido da margem de valor adicionado constante no inciso I do § 1º do art. 22 desta Lei;

2. inexistindo inventário final do período considerado, o custo médio unitário constante do inventário inicial do referido período, acrescido da margem de valor adicionado constante no inciso I do § 1º do art. 22 desta Lei;

c) quando não forem conhecidos os valores mencionados nos itens anteriores, o preço médio praticado em outro estabelecimento da mesma praça, em relação ao último mês do período objeto do levantamento;”

Quando um item tem calculado a omissão de entrada, aplica-se como base de cálculo o inciso II,

do Art. 23-A, da Lei nº 7.014/1996.

"II - na hipótese de omissão de entradas apurada pelo Fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque:

a) o custo médio das compras no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria no período considerado;

b) inexistindo aquisição da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado;

c) inexistindo estoque final da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário inicial do período considerado;

d) inexistindo estoque inicial da mercadoria no período fiscalizado, o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, deduzido da margem de valor adicionado constante no inciso I do § 1º do art. 22 desta Lei;

e) quando o custo unitário não for conhecido, o custo médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça, em relação ao último mês do período objeto do levantamento;"

A Portaria 445/98 define o procedimento para quando se tem tanto omissão de entrada como omissão de saída.

"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, com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

II - o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, caso em que:

Deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto;

a) base de cálculo é o valor da omissão de entradas, por ser maior do que o valor da omissão de saídas, considerando-se este incluído no valor a ser tributado;"

Ainda com relação a omissão de entrada devemos seguir a Instrução Normativa 56/2007, segundo a qual apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão. Então calcula-se o percentual de mercadorias tributadas.

Da leitura da legislação conclui-se que a base de cálculo é o valor das omissões de entrada, tendo mercadorias sujeitas à tributação por antecipação ou não. Na infração 02, para compensar a existência de mercadorias sujeitas a antecipação tributária na base de cálculo da saída, aplica-se o índice conforme a Instrução Normativa 56/2007. Caso sejam excluídas as mercadorias sujeitas a antecipação tributária, estará dando erroneamente benefício em duplicidade. Não existe nenhuma parte da legislação que determine a exclusão das mercadorias sujeitas a antecipação tributária no levantamento quantitativo de estoque. Ir contra o que determina a legislação, conceder duplicidade de benefício, traz prejuízo ao erário, o que nenhum Preposto Fiscal deve fazer. O Preposto Fiscal não pode obedecer a determinação irregular.

Conclui inexistir correção a ser efetuada no respectivo PAF e mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado na infração, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela procedência parcial do presente auto.

O sujeito passivo ao ser cientificado se pronunciou às fls. 1259 a 1.265, fazendo um resumo do contido no relatório da diligência, nos seguintes termos:

(i) Operações de comodato e demonstração: Afirmou que no procedimento padrão, não se

considera no levantamento quantitativo de estoque as operações de comodato, tendo em vista que não são operações com mercadorias, mas com bens. Reitera os argumentos anteriores no sentido de que, do ponto de vista contábil, os itens não foram lançados no ativo não circulante;

- (ii) Simples remessa (CFOP 5.949): A fiscalização insistiu em não considerar o levantamento quantitativo de estoque;
- (iii) Exclusão das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária: Argumentou que no item 1 não se cobra omissão de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Já quanto ao item 2, argumentou que a base de cálculo é o valor das omissões de entrada, tendo as mercadorias sujeitas à tributação por antecipação ou não.
- (iv) Conclusão: Por fim, concluiu que não há que se falar em correção do respectivo PAF, tendo em vista que os lançamentos estão corretos.

Em seguida assevera que as informações prestadas pela fiscalização não podem prevalecer, pelos motivos que passa a expor:

A fiscalização de forma extremamente repetitiva desconsidera totalmente o levantamento quantitativo de estoque feito pela Impugnante, sob o argumento de que os itens envolvendo operações de comodato, demonstração e simples remessa deveriam constar no ativo não circulante da empresa.

Em seguida diz que, como pode-se concluir da análise dos autos, a Fiscalização ao longo de toda fiscalização e até mesmo no curso da diligência dá extrema importância às inconsistências contábeis.

Reconhece a importância das informações contábeis, mas para efeito tributários, é fato e toda a documentação juntada aos autos corroboram a regularidade das informações prestadas do ponto de vista fiscal, de forma especial, no sentido de que todas as operações aqui discutidas não trouxeram qualquer prejuízo financeiro ao erário.

Reitera que se manifestou por diversas vezes nos autos e também por e-mail, precisamente para esclarecer que:

- (i) É verdade que as máquinas Nespresso constavam no estoque de revenda, todavia, a impugnante juntou uma série de contratos firmados com seus clientes que, em homenagem ao princípio da verdade material, demonstram cabalmente as operações aqui questionadas;
- (ii) Adicionalmente, foram juntados os registros contábeis (balancetes, razões e contas contábeis), de forma extemporânea, é fato, mas foram regularizados;

Menciona ainda que, a Impugnante apresentou planilha contendo toda justificativa relacionada a dita Omissões de Saídas (Doc. 01 e 02 – Pág. 08 CD), indicando pormenorizadamente todas notas fiscais autorizadas, mas que por um erro sistemático (não foi possível identificar a origem e o motivo) no dia 27/03/2014 não foram transportados para EFD.

Reitera que a autoridade fiscal não considerou que a maior divergência está no código 11989 - GEMINI CS220 PLUG NOVO, que decorrem de operações envolvendo movimentações inerentes a comodato, *id est*, remessa para conserto e demonstração. Juntou também documentos fiscais comprobatórios, especialmente, a planilha com as justificativas Omissões de Entradas, em que ficou constatado de forma simplificada, que todas as movimentações foram realizadas mediante emissões de NF-e, autorizadas e lançadas na EFD.

Acrescenta que juntou e forneceu diretamente a fiscalização ainda o livro “razão consolidado” para demonstrar a regularidade das operações, inclusive do ponto de vista contábil (Doc. 03 – Pág. 08 CD).

Questiona qual prejuízo sofreu o Erário já que as operações de remessa de comodato e demonstrações são operações que não sofrem tributação do ICMS, nos termos do disposto no

artigo 3º, XVII, da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Entende que a manutenção da tributação sobre tais itens viola frontalmente o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, no que tange à responsabilidade de efetuar o lançamento da base de cálculo correta do tributo em cobrança.

Por estas razões, deve ser reconhecida a nulidade total da presente infração, violação frontal ao disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, bem como devendo ser reconhecida a nulidade do auto de infração.

Adicionalmente, diz ser importante registrar que, muito ao contrário do que a fiscalização afirma, não é verdade que na EFD não há indicação que esses itens foram cedidos em comodato.

Nesse sentido, a Impugnante reitera que as notas fiscais emitidas com o CFOP 5.908-e 5.912 são suficientes para comprovar que houve remessa para terceiros (operações não tributadas).

Pondera ainda que, em muitos casos, foram realizados ajustes de estoque da Impugnante sendo efetivamente demonstradas as regularidades das operações e mesmo assim a Autoridade Fiscal não levou em consideração, de forma especial, as movimentações realizadas com a utilização dos CFOP'S 1.949 e 5.949.

Assim, não resta a menor dúvida de que, efetivamente foi comprovado, de forma minudente que todas as movimentações de estoque realizadas pela Impugnante são mediante emissões de NF-e, e que grande parte das divergências apontadas pela Autoridade fiscal tratam-se na verdade de operações envolvendo Simples Remessa, que não foram levadas em consideração pela Autoridade Fiscal nas planilhas dos Anexos 10 (Entrada) e 11 (Saída) que já foram juntados aos autos.

Diante de todo o exposto, não resta a menor dúvida de existem uma série de inconsistências e irregularidades nos trabalhos de fiscalização que violam, de forma cabal, o direito ao contraditório e ampla defesa, além de violarem o princípio da verdade material, tendo em vista que as operações aqui discutidas sequer são tributadas e, portanto, não houve qualquer prejuízo financeiro ao erário.

Reitera que seja cancelado na integralidade o presente auto de infração e, consequentemente, seja julgado integralmente improcedente o Auto de Infração nº 274068.0011/18-2, afastando a pretensa cobrança de ICMS em decorrência da errônea imputação da base de cálculo da cobrança do tributo e violação a verdade material, bem como pela visível ocorrência de *bis in idem* nas autuações, aplicando-se o disposto no artigo 18, IV, “a”, do RPAF.

Foi anexada às fls. 1273 a 1276, pronunciamento da autuante dizendo que segundo a recorrente, apesar da máquina Nespresso constar no estoque de revenda, juntou uma série de contratos firmados com seus clientes que demonstram as operações de comodato.

Frisa que tais contratos não são reconhecidos pela escrituração contábil, uma vez que as respectivas operações não foram registradas e não existe controle de estoque em poder de terceiros para validar a regularidade das operações.

Transcreve trecho da diligência fiscal:

O levantamento quantitativo de estoque é baseado na formula contábil

EF = EI + ENTRADAS – SAIDAS

Isto significa que para considerar as entradas e saídas das supostas operações de comodato tem de considerar também os estoques inicial e final dos itens em posse de terceiro. Ocorre que não existe o registro dos estoques inicial e final de itens em posse de terceiro. Desta forma fica impossível a inclusão dos itens de comodato no levantamento quantitativo de estoque. Caso contrário, causa desequilíbrio na formula.”

Ainda segundo a manifestante foram juntados os registros contábeis (balancetes, razões e contas contábeis), **de forma extemporânea**, é fato, mas foram regularizados.

A própria impugnante admite que os demonstrativos contábeis foram gerados de forma extemporânea.

A empresa apresentou novos demonstrativos contábeis, entretanto estes dados não constam da base da Receita Federal, uma vez que foi utilizada a última Escrituração Contábil Digital - ECD enviada. Disto conclui que os lançamentos contábeis foram refeitos, porém não transmitidos, desta forma os demonstrativos contábeis apresentados não constituem prova em favor da manifestante.

Acrescenta que mesmo que a transmissão fosse efetuada, não tem validade após a ação fiscal. Transcreve trecho do voto relativo ao Acórdão CJF Nº 0342-11/22-VD da 1º CJF, referente a mesma matéria e a mesma empresa. *“Não tendo, todavia, providenciado os registros contábeis pertinentes capazes de provar a ocorrência dos fatos que alega, não pode, após a ação fiscal, querer retificar a sua escrita, para fazer constar informações que são do seu interesse, já que se trata de prova produzida unilateralmente.”*

Entende que o Sujeito Passivo não logrou êxito em elidir a parte remanescente do lançamento.”

Argui também a defendant que existiram notas fiscais autorizadas, mas que por um erro sistemático (não foi possível identificar a origem e o motivo) no dia 27/03/2012 não foram transportados para a EFD e não foram consideradas pela fiscalização.

Sobre este tema se posiciona a autuante no sentido de que não faz sentido essa arguição neste momento, pois, de acordo com a informação fiscal das folhas 1.152, as notas não registradas já foram incluídas nos anexos 18 a 25, conforme trecho que copiou.

“Segundo e-mail, do dia 12-05-2020, da própria defendant, folhas 1.093, não existiram notas fiscais de entrada não escrituradas. Por este motivo só foram consideradas as notas fiscais de saída não lançadas na EFD, autorizadas e constantes na escrita contábil, conforme anexos 18 a 25. Sendo assim, foi cumprido o pedido da diligência.”

A defendant alega que a emissão das notas com CFOP 5.908 e 5.912 são suficientes para comprovar que houve remessa para terceiros.

A alegação não prospera, uma vez que as referidas notas não foram lançadas na Escrituração Contábil Digital – ECD, o que permite mascarar saídas irregulares como sendo comodato ou demonstração.

Afirma que a recorrente não trouxa fato novo, e não foi capaz e elidir a infração e diz concordar com a diligência de folhas 1.169 a 1.255.

Na sessão de julgamento realizada no dia 04 de julho a representante legal da empresa, DR^a ANDRESSA GOMES, OAB/SP 369.358, solicitou o adiamento do julgamento do PAF para o dia 12/07/2023, o que foi concedido, por unanimidade.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data da representante legal do autuado, Dr^a Andressa Gomes, OAB/SP nº 369.358, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O sujeito passivo iniciou sua peça defensiva pugnando pela nulidade do Auto de Infração ao argumento de inexistência de base fática, uma vez que os documentos apresentados em diligência anterior à constituição do crédito tributário ora reclamado comprovam a inexistência de tributo adicional devido. Explica que todos os itens constantes no Auto de Infração foram justificados e devidamente comprovados, em procedimento fiscalizatório anterior à lavratura do Auto de Infração.

Não é isto que vejo nestes autos. Como bem esclareceu a autuante ao prestar Informação Fiscal, de fato, antes da lavratura do mesmo foram enviadas para o contribuinte, as inconsistências identificadas no levantamento inicial, referentes aos exercícios de 2014 e 2015, conforme se verifica nos documentos de fls. 17 a 20. Assim, o débito exigido recai sobre os itens os quais não foram apresentadas as devidas correções. Portanto, a auditoria foi efetuada com base em fatos reais e devidamente demonstrados pela autuante.

Assim é que se encontram nos autos os demonstrativos a seguir indicados, todos entregues ao autuado, inclusive em mídia digital: cálculo das omissões de mercadorias, entradas e saídas, apurado por cada mercadoria individualmente, onde consta o código e o nome do produto, o estoque inicial, as quantidades de entradas e de saídas de cada produto, o estoque final, o cálculo do preço médio das entradas e das saídas omitidas, assim como o montante omitido por cada produto, por exercício autuado, tanto de entrada como de saída.

Assim foi apurado e demonstrado as seguintes situações:

- 1- omissão de entradas de mercadorias tributáveis, na ordem de R\$ 16.180,27 e de saídas no total de R\$ 227.521,92, tendo recaído a exigência do imposto sobre o valor da omissão de maior expressão monetária, no caso o de saídas, resultando na exigência no valor de R\$ 38.438,95 (infração 01);
- 2- omissão de entradas de mercadorias tributáveis, na ordem de R\$ 176.337,06 e de saídas no total de R\$ 59,11, tendo recaído a exigência do imposto sobre o valor da omissão de maior expressão monetária, no caso o de entradas, sendo exigido o ICMS no valor de R\$ 11.814,45 (infração 02);
- 3- omissão de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, sendo exigido o imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (infração 03) e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (Infração 04).

Ademais, constato que a fiscalização para efetuar o presente lançamento atendeu plenamente a norma regulamentar e legal, especialmente ao quanto dispõe a Portaria nº 445/98 da SEFAZ/BA, que assim determina:

Art. 1º. O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

No que se refere ao argumento do autuado no sentido de que, na infração 01 o enquadramento legal da infração é demasiadamente genérico, cerceando o seu direito de defesa, vejo que os dispositivos indicados estão em consonância com a irregularidade detectada, como bem esclareceu a autuante ao informar que: “O art. 2º da Lei nº 7.014/96 determina o fato gerador, o art. 23-B da Lei 7.014/96 determina a base de cálculo que está conforme as colunas G, H, I, J, K, L, e M do anexo 1, folhas 23 a 29, e anexo 8, folhas 59 a 62 o art. 83 da RICMS determina a obrigatoriedade da emissão de nota fiscal no fornecimento de mercadoria e art. 13, I da Portaria nº 445 /98, determina a cobrança do imposto relativo às operações de saída no levantamento quantitativo de estoque, portanto o enquadramento legal está compatível com a descrição”.

Portanto, consta do lançamento a indicação da base de cálculo e como ela foi apurada, bem como a indicação dos dispositivos da legislação relativos a autuação, atendendo rigorosamente às normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA. Ademais, se acaso existissem incorreções, omissões ou outras inobservâncias meramente formais contidas na legislação, ou, até mesmo, apenas a indicação de dispositivo regulamentar, isto não seria motivo para anulação do lançamento, conforme se verifica através dos arts. 18, § 1º e 19 do RPAF/BA, a seguir transcritos:

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Assim sendo, não acolho as nulidades arguidas, entretanto, em relação a infração 02 que diz

respeito ao exercício de 2015, e foram apuradas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de **entradas**, após análise dos documentos que compõe os autos, especialmente os demonstrativos de fls. 59/62, “ANEXO 8- DEMONSTRATIVO DO ESTOQUE- 2015” observo que foram objeto do levantamento, mercadorias com tributação normal e mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. O imposto foi exigido sobre as omissões de entradas, com base na presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto, conforme prevista no § 4º da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que este procedimento, efetivamente, não está de acordo com as orientações contidas na Portaria 445/98, a qual estabelece tratamento diferenciado às mercadorias sujeitas à substituição tributária, exigindo em relação às omissões de entradas daquele tipo de mercadorias:

- a) o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal;
- b) o imposto devido por antecipação tributária, calculado sobre a mesma omissão de entradas agregando-se a MVA e deduzindo o crédito do imposto calculado no item “a”, conforme determinado no art. 10, I, alíneas “a” e “b”, da referida Portaria, a seguir transcrito:

“Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada 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, observando o seguinte (Lei nº 7.014/96, art. 6º, IV):*

1 - a base de cálculo é a prevista no inciso II do art. 23-A da Lei nº 7.014/96;

2- (...) ...

- 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 I do RICMS/12, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea “a” do inciso I deste artigo, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96);”*

Neste caso, o procedimento a ser adotado, de acordo com o previsto na citada Portaria nº 445/98, seria o de apartar do levantamento quantitativo aquelas mercadorias sujeitas à antecipação tributária e após ser feito um comparativo entre as diferenças de omissão de entradas e omissão de saídas apenas referentes às mercadorias tributadas normalmente. A Base de cálculo do ICMS, nessa hipótese, deverá sempre ser o valor da omissão de maior expressão monetária (entradas ou saídas de mercadorias tributáveis) conforme os artigos 12 e 13 da Portaria mencionada.

Também observo ter havido duplicidade de exigência em relação as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, pois as mesmas estão sendo objeto de cobrança na infração 03, *“na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária”*

A título de exemplo cito o item CHAMP C CLICQUOT BRUT 750ML-COD. 10377, onde foi encontrada a omissão de entrada no valor de R\$ 24.344,58, conforme se verifica no demonstrativo “ANEXO 8- DEMONSTRATIVO DO ESTOQUE- 2015”fl. 59.

Dito valor foi objeto de exigência na infração 02, no valor de **R\$ 1.631,11**, após a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº56/2007, que reduziu a “base de cálculo do imposto para R\$ 9.594,76, tudo demonstrado na referida planilha, fl. 59.

A mesma omissão de entrada de R\$ 24.344,58 foi objeto de exigência, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, na

infração 03, desta vez, sem a aplicação da proporcionalidade, resultando no imposto devido de R\$ 6.573,04, conforme se verifica no demonstrativo ANEXO 13- ICMS NORMAL POR SOLIDARIEDADE-SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO- MERCADORIA ST-2015, fl. 77.

Tal irregularidade poderia ter sido sanada, tanto que o processo foi convertido, por duas vezes, em diligência para que fossem excluídas desta infração 02, as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, entretanto, tanto a autuante quanto a auditora estranha ao feito, não atenderam ao quanto solicitado.

Logo, diante das razões acima alinhadas, entendo que só com a aplicação dos procedimentos previsto no art. 10 da Portaria 445/98 é possível se concluir com segurança a existência da infração 02 e o montante devido.

Consequentemente, a autuação padece de vício insanável, razão pela qual voto pela nulidade da infração 02, com fundamento nas disposições dos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/BA,

Ressalto que este tem sido o entendimento deste órgão julgador ao apreciar questão idêntica à presente, a exemplo do Acórdão JJF nº 0241/04/21, cuja decisão foi mantida na 2ª Instância, conforme se observa no voto vencedor, proferido pelo ilustre Conselheiro Marcelo Mattedi e Silva através do Acórdão nº 0084-12/22, que a seguir transcrevo:

“A Infração 10 exige ICMS em razão da constatação de omissão de entradas de mercadorias em valor superior à omissão de saídas de mercadorias tributadas no exercício de 2016. O Acórdão ora recorrido decidiu pela nulidade da referida Infração, por ter verificado que no seu demonstrativo consta diversas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, as quais também foram exigidas nas Infrações 11 e 12.

Analizando o demonstrativo das omissões da Infração 10, verifico que o Autuante não efetuou a classificação das mercadorias, ou seja, não segregou as mercadorias sujeitas à substituição tributária, ficando impossível determinar com segurança se realmente ocorreu a referida Infração. Tendo em vista a grande quantidade de mercadorias sujeitas à substituição tributária, provavelmente a omissão de saídas seria superior à omissão de entradas apontada.

Além disso, não foi levada em consideração a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, nem consta nos autos os dados necessários para sua efetivação.

Portanto, reputo correta a decisão de piso em relação à Infração 10.”

No mérito, às infrações, 01, 03 e 04 foram questionadas pelo sujeito passivo conjuntamente e assim serão também analisadas.

Antes porém, é importante observar que na infração 01 foi detectado tanto omissão de entradas quanto omissão de saídas sendo exigido o imposto sobre o maior valor monetário, a omissão de saída, sendo que no demonstrativo que deu sustentação a presente acusação, ANEXO I- DEMONSTRATIVO DO ESTOQUE 2014, fls. 23 a 29, apesar de terem sido elencadas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, estas não foram objeto de exigência nesta infração, pois no campo do referido demonstrativo, destinado a informações do “VALOR DO ICMS” encontra-se zerado. Dessa forma, a fiscalização aplicou corretamente a metodologia prevista na Portaria 445/98 e calculou o imposto de acordo com as orientações contidas no referido dispositivo legal no artigo 13.

“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 com a multa correspondente, que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;”

O autuado em sua defesa inicial e manifestações posteriores alegou que:

- (i) Todos os documentos fiscais foram emitidos, porém, por erro sistêmico não foram transmitidos na EFD.
- (ii) Ocorreram diversas divergências apontadas no demonstrativo inserido no CD de fl. 112 e fotocópias de documentos anexados às fls. 162 a 497;

- (iii) Não foi considerando no levantamento fiscal as remessas para comodato, para conserto e demonstração relativas ao produto 11989, bem como nas questões envolvendo pires e xícaras.

Em relação a primeira reclamação, observo que na 1ª Informação Fiscal a autuante não acatou o argumento defensivo, entretanto, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal o processo foi convertido em diligência para que fosse elaborado novos demonstrativos considerando as quantidades relativas às notas fiscais não registradas na escrituração fiscal, porém, devidamente autorizadas.

Em atendimento a diligência foi elaborado o Parecer de fls. 1096 a 1101, onde a autuante destacou que os dados lançados na EFD referentes as entradas não são lançadas exatamente como constam na NF-e de entrada, pois há mudança de código e descrição do produto.

Assim, para contornar esta situação, foi solicitado ao contribuinte que apresentasse para cada NF uma relação DE/PARA, relacionando o código usado pelo contribuinte com o código usado pelo fornecedor, e indicasse as notas não registradas na escrituração fiscal, porém, devidamente autorizadas informando a chave de acesso da NF-e;

Também foi solicitada a Comprovação do lançamento das respectivas notas na escrituração contábil, vinculando a prova com a respectiva chave da NF-e.

De posse da documentação apresentada elaborou novo demonstrativo, fls. 1.104 a 1.110, incluindo as notas fiscais de saídas autorizadas e não informadas na EFD. Quanto as notas fiscais de entradas que tiveram a chave informada, as mesmas não continham o código do produto utilizado pelo fornecedor e do contribuinte e não foi apresentada a planilha solicitada contendo relação DE/PARA, referente ao código do produto (fornecedor / empresa). Ainda assim, foi feito uma amostragem com os códigos nºs 10377, 10513, 10559, 10701, 12278, 13250, 13568 e 14271 e todas as notas com chave já constavam no demonstrativo de entrada.

No que diz respeito ao segundo argumento (Ocorrência de diversas divergências apontadas no demonstrativo inserido no CD de fl. 112 e fotocópias de documentos anexados às fls. 162 a 497) todas elas foram rejeitadas pela autuante, apresentando as devidas justificativas, para cada mercadoria, com as quais concordo, conforme se verifica às fls. 119 a 140, sendo que as argumentações trazidas pelo defendente na sua manifestação de fls. 157 a 161, e anexo enviado a autuante através do e-mail de 15/06/2020, se referem as mesmas alegações apresentadas na defesa inicial e já devidamente afastadas.

Assim, as infrações 01, 03 e 04 passaram a ter a seguinte configuração, conforme demonstrativo de fl. 1.102, que a seguir transcrevo:

INFRAÇÃO	ANO	ANEXO	VALOR
01	2014	18	22.724,47
03	2014	20	4.653,67
03	2015	24	14.729,53
Total infração 03			19.383,20
04	2014	21	1.356,56
04	2015	25	5.361,86
Total infração 04			6.718,42

O autuado ao se manifestar discorda do resultado da diligência alegando resumidamente que:

1. a fiscalização não considerou que a maior divergência está no código 11989- GEMINI CS2209 PLUG NOVO, pois são decorrentes de operações envolvendo movimentações inerentes a comodato, ou seja, remessa para conserto e demonstração realizadas através dos CFOPs 1949 e 5949;
2. em relação ao exercício de 2014 foram enviadas a comprovação apenas do dia 27/03/2014, em razão da extensão do arquivo da ECD, e que a referida data de amostragem foi sugerida pela autoridade fiscal, em vista de tratar-se do dia onde se constatou o maior fluxo de inconsistências.

O processo foi pautado para julgamento e na sessão realizada no dia 02 de março de 2021 o preposto da empresa asseverou que:

1. O item 11989- GEMINI CS220 PLUG NOVO e demais itens da mesma linha comercial, como xícaras e pires são destinados a comercialização e também a comodato, conserto ou demonstração e na escrituração do livro Registro de Inventário não fez às devidas separações, razão pela qual entende que as movimentações através de notas fiscais com CFOPs 5908 e 5912 devem ser consideradas no levantamento quantitativo e estoque;
2. Em relação ao ajuste de estoque informou que utiliza nos documentos fiscais os CFOPs 1949 e 5949, sendo que no caso do CFOP 5949 destaca o valor do imposto, o que no seu entender equivale ao estorno do crédito anteriormente utilizado.

Considerando que a auditoria diz respeito à levantamento quantitativo de estoque de mercadorias. Considerando que restou comprovado o argumento defensivo de que diversas notas fiscais de saídas autorizadas não foram informadas na EFD, a exemplo das do dia 27/03/2014, esta Junta de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento realizada no dia 02 de março de 2021 decidiu pela conversão do processo em diligência à INFRAZ de origem para que auditor estranho ao feito tomasse as seguintes providências:

1. Esclarecesse a finalidade das operações realizadas através dos CFOPs: 5908; 5912; 1949 e 5949, anexando ao PAF, por amostragem, cópias das mesmas;
2. Intimasse o autuado, concedendo o prazo de 30 dias, a indicar todas as quantidades relativas as notas fiscais de entradas e saídas não registradas na escrituração fiscal, porém, devidamente autorizadas, assim como as operações realizadas através dos CFOPs 5908; 5912; 1949 e 5949, desde que tais operações tivessem influência na movimentação do estoque da empresa;
3. Sendo apresentado o acima solicitado elaborasse novos demonstrativos, se fosse o caso, e excluir das infrações 01 e 02 as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

A autuante responsável pela realização da diligência esclareceu que as notas fiscais de saídas devidamente autorizadas e não registradas na escrita fiscal já foram incluídas no levantamento fiscal através dos demonstrativos elaborados pela autuante às fls. 1104 a 1126, sendo que de acordo com informações prestadas pela empresa todas as operações realizadas através dos CFOP'S 5908, 5912, 1949 e 5949 foram registradas na escrituração fiscal.

A questão em lide é que existe uma divergência entre Autuante e Autuada. A Impugnante defende que as operações com CFOP 5908 e 5912 devem ser incluídas no levantamento quantitativo de estoque, entretanto, no procedimento padrão, as operações com CFOP 5908- Remessa de bem por conta de contrato de comodato ou locação, não são consideradas no levantamento quantitativo de estoque, porque não movimentam mercadorias e sim bens, que não estão relacionados no estoque. A operação com CFOP 5912- Remessa de mercadoria ou bem para demonstração, mostruário ou treinamento transferem a mercadoria do estoque em mão do contribuinte para mercadoria em estoque em mão de terceiros.

Informa que para atender o pedido de diligência seguiu os mesmos procedimentos solicitados pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, referente ao AI 2740680021/18-8, lavrado contra a mesma empresa, que apreciou matéria idêntica a ora apreciada, através do Acórdão 0342-11/22.

Assim, intimou a empresa a apresentar os lançamentos contábeis relacionados às operações de entrada e saídas dos bens a título de comodato, exercícios 2014 e 2015.

De posse dos documentos apresentados constatou que a empresa deu entrada de item ZENIUS e GEMINI (cafeteira Nespresso), xícara, pires e outros itens com o CFOP 2.102 - compra para revenda e utilizou o crédito.

Esses itens constam no inventário da Escrituração Fiscal Digital - EFD, que é destinado a mercadoria para revenda e não para itens do Ativo Não Circulante. O IndProp é 0, que significa que o item é propriedade do informante e está em seu poder.

Diz que ao contrário do que citou a recorrente as supostas compras para comodato não foram lançadas a débito na conta 1.2.03.01.0053 Maquinas e Nespresso, no Grupo Imobilizado - Ativo não Circulante, por sinal esta conta nem existe, e sim na conta 1436 – Compras, cuja contas de nível imediatamente superior é 1420 - CUSTO DOS PRODUTOS VENDIDOS, que tem a conta no plano de contas referencial 3.01.01.03.01.02, que é uma conta de resultado.

Acrescenta que foi consultado no diário geral as notas fiscais com CFOP 1.909 - Retorno de bem remetido por conta de contrato de comodato de números 439578, 442155, 460488 e 464055 do item 11989 - GEMINI CS220 PLUG NOVO e não foram localizadas. Entende que se os supostos retornos de comodato existissem, deveriam ter sido lançados, segundo a impugnante, nas contas 2.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Passivo não Circulante e 1.4.01.01.0001 Produtos Nespresso - Comodato (conta de compensação) - Ativo não Circulante. Nem as referidas contas como quaisquer outros lançamentos dessas notas foram localizadas na ECD.

Na ECD, a conta Estoque Mercadoria tem em 2014 o valor de R\$ 11.221.268,71 e na EFD é de R\$ 11.221.234,06. Na ECD, a conta Estoque Mercadoria tem em 2015 o valor de R\$ 12.365.858,02 e na EFD é de R\$ 12.365.801,02.

Na EFD, consta os itens ZENIUS e GEMINI (cafeteira Nespresso), xícara, pires com o código de indicador de propriedade/posse sendo 0, que significa item de propriedade do informante e em seu poder. Isto significa que praticamente todo estoque para revenda descrito na EFD está contabilizado na conta Estoque Mercadoria.

Não existe indicação destes itens em posse de terceiros. Ou seja, as documentações apresentadas não possuem o condão de provar a existência de bens em poder de terceiros, às datas do levantamento de estoque, ou seja, dias 31/12/2014 e 31/12/2015.

Concluiu não haver registro de estoque inicial e final de itens **em poder de terceiros**. Dessa forma, no seu entender, fica impossível a inclusão dos itens de comodato no levantamento quantitativo de estoque. Portanto, **os itens são para revenda e não Ativo Imobilizado**, devendo ser incluído no levantamento quantitativo sem considerar as supostas saídas para comodato, pois, no seu entender pode ser interpretado como uma simulação para uma saída sem tributação.

Ante aos fatos relatados, verifico primeiramente, que as operações em questão, através dos CFOPs 5908 e 5912 se referem ao item 11989 - GEMINI CS220 PLUG NOVO, que foram objeto de exigência apenas na infração 01, conforme se verifica no demonstrativo de fl. 25.

De acordo com a última diligência ficou comprovado que no momento da aquisição dos referidos itens a defendantte deu tratamento de mercadorias para revenda, sendo que os estoque finais de ditas mercadorias também foram inventariados conjuntamente com os itens destinados à comercialização.

Também, foi afirmado pela diligente, que não houve escrituração das alegadas saídas em comodato na escrita contábil, fato reconhecido pelo sujeito passivo ao afirmar de que tais registros foram efetuados extemporaneamente, ou seja, após a lavratura do Auto de Infração.

Nestas circunstâncias, entendo que ditas operações devem sim serem consideradas no levantamento quantitativo de estoque, pois como afirmado pela diligente: “*os itens são para revenda e não Ativo Imobilizado*”, portanto, no meu entender, têm influência na movimentação do estoque da empresa. Ademais, não existem provas nos autos, de que tais documentos fiscais são inidôneos, e sim, que as mercadorias saíram sem tributação, por ter sido dado o tratamento, pelo contribuinte, de operações em comodato, sem a devida comprovação desta condição, no momento da lavratura do Auto de Infração.

Neste caso, como na entrada das mercadorias houve a utilização dos créditos destacados nos documentos fiscais, caberia a exigência do estorno do crédito, conforme estabelecido no art. 312 do RICMS/BA, inciso I, abaixo transcreto, não sendo possível ser objeto de exigência neste lançamento, por se tratar de uma outra infração.

“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição

em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço; o estorno do referido crédito fiscal".

Assim, como as diligências solicitadas por este órgão julgador, no sentido de que fossem incluídas no levantamento fiscal as operações realizadas através do "CFOP 5908- Remessa de bem por conta de contrato de comodato" e não tendo sido atendidas, procedo a exclusão do item GEMINI CS220 PLUG NONO - cod. 11989, no valor de R\$ 15.351,00, que foi o valor apurado tanto no demonstrativo inicial de fl. 25, quanto na diligência realizada pela auditora fiscal, através do ANEXO 18-DEMONSTRATIVO DO ESTOQUE – 2014 - DILIGÊNCIA, fl. 1.106.

Dessa forma, como a infração 01, foi reduzida pela autuante de R\$ 38.438,95 para R\$ 22.724,47, remanesce o valor de R\$ 7.373,47, ficando prejudicadas as alegações defensivas relativas às operações 5912; 1949 e 5949, pois todas elas dizem respeito ao item GEMINI CS220 PLUG NONO - cod. 11989.

Em assim sendo, em relação às infrações 03 e 04 acolho os ajustes efetuados pela autuante, conforme os anexos 18 a 25, cópias às fls. 1.104 a 1.126, no entanto, observo que foi apurado imposto a maior do que o autuado. Como neste momento não se pode onerar o valor do lançamento fiscal nas referidas infrações, o ICMS a ser exigido deve ser o lançado na ação fiscal. Dessa forma, a infração 01 é parcialmente procedente, no valor de R\$ 7.373,47, e as infrações 03 e 04 totalmente procedentes nos valores de R\$ 18.719,21 e R\$ 6.522,43, respectivamente.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 32.615,11, como a seguir:

INFRAÇÃO	ANO	A. INFRAÇÃO	I. FISCAL	VLR. JULGADO
01	2014	38438,95	22.724,47	7.373,47
02	2015	11814,75	11.814,75	0,00
03	2014	4.115,76	4.653,67	4.115,76
03	2015	14.603,45	14.729,53	14.603,45
Total infração 03		18.719,21	19.383,20	18.719,21
04	2014	1.207,47	1.356,56	1.207,47
04	2015	5.314,96	5.361,86	5.314,96
Total infração 04		6.522,43	6.718,42	6.522,43
Total		75.495,34	60.640,84	32.615,11

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0011/18-2, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$ 32.615,11** acrescido das multas de 100% sobre R\$ 26.092,68 e de 60% sobre R\$ 6.522,43, previstas no art. 42, incisos III e II "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR