

A. I. N° - 279104.0002/06-2  
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO JORGE  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 05.06.07

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0148-02/07**

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **b)** RETENÇÃO EFETUADA A MENOS. Lançamentos não impugnados pela defesa. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Lançamento não impugnado pela defesa. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Lançamento não impugnado pela defesa. 4. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. **a)** MERCADORIAS EXTRAVIADAS. Lançamento não impugnado pela defesa. **b)** MERCADORIAS DETERIORADAS. Fato negado pela defesa. Falta de prova das alegações. Mantido o lançamento. **c)** SAÍDAS POSTERIORES ISENTAS. Lançamento não impugnado pela defesa. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO, E REDUÇÃO INDEVIDA. Lançamentos não impugnados pela defesa. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE CONSUMO, E BENS DO ATIVO PERMANENTE. Lançamentos não impugnados pelo sujeito passivo. 7. ZONA FRANCA DE MANAUS. PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS REMETIDOS COM ISENÇÃO. FALTA DE PROVA DO INTERNAMENTO DAS MERCADORIAS, POR PARTE DA SUFRAMA. Lançamento não impugnado pela defesa. 8. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OMISSÃO DE SAÍDAS SUPERIOR À OMISSÃO DE ENTRADAS. Lançamento não impugnado pela defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/9/06, apura os seguintes fatos:

1. falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subseqüentes, nas vendas efetuadas a contribuintes localizados neste Estado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 112.899,97, com multa de 60%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos, por erro na aplicação da alíquota, sendo lançado imposto no valor de R\$ 95.677,17, com multa de 60%;
3. falta de recolhimento de ICMS, por praticar operações tributáveis como não tributáveis, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.706,94, com multa de 60%;
4. falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subseqüentes, nas vendas efetuadas a contribuintes localizados neste Estado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 4.402,17, com multa de 60%;

5. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram extraviadas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.001,87, com multa de 60%;
6. recolhimento de ICMS efetuado a menos, por erro na determinação da base de cálculo, sendo lançado imposto no valor de R\$ 5.032,76, com multa de 60%;
7. falta de recolhimento de ICMS referente a operações com mercadorias com aplicação indevida de redução da base de cálculo, sendo lançado imposto no valor de R\$ 9.671,39, com multa de 60%;
8. idem, sendo lançado imposto no valor de R\$ 58.434,59, com multa de 60%;
9. recolhimento a menos de ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.033,78, com multa de 60%;
10. recolhimento de ICMS efetuado a menos, por erro na aplicação da alíquota, sendo lançado imposto no valor de R\$ 5.023,69, com multa de 60%;
11. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 37.353,74, com multa de 60%;
12. falta de pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 9.007,72, com multa de 60%;
13. falta de pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições interestaduais de bens para o ativo permanente, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 25.776,73, com multa de 60%;
14. falta de recolhimento de ICMS, em virtude de saídas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus, com isenção do imposto, sem comprovação do internamento das mercadorias por parte da SUFRAMA, sendo lançado tributo no valor de R\$ 138.102,26, com multa de 60%;
15. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente saíram com isenção, sendo lançado imposto no valor de R\$ 48.912,69, com multa de 60%;
16. falta de retenção de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas efetuadas a contribuintes localizados neste Estado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 14.641,95, com multa de 60%;
17. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas [sic], fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2004 e 2005), levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, o valor das saídas, sendo lançado tributo no valor de R\$ 902.972,51, com multa de 70%.

Foi lavrado Termo de Revelia.

A Procuradoria Fiscal, ao fazer o controle da legalidade do procedimento, determinou que se procedesse à intimação do autuado por via postal, por não haver nos autos a comprovação de que a “citação” pessoal tivesse sido recebida por pessoa legalmente habilitada para tal ato.

O autuado apresentou defesa impugnando apenas o item 11. Declara ter pago os demais itens. Com relação à falta de estorno de que cuida o tópico impugnado, explica que a empresa, que explora o ramo de alimentos, vende produtos que, por sua natureza, são perecíveis e têm exíguo prazo de validade, via de regra de 30 dias a partir da data de fabricação. Tais produtos ficam

refrigerados nos pontos de venda, e quando se encontram perto da data de vencimento tendem a não ser comercializados, pois a população, de um modo geral, não os adquire nessas condições. Por essa razão, os produtos são devolvidos pelos clientes, e a empresa, ao recebê-los, submete-os a um novo processo industrial, de que resulta um novo produto – farelo –, a ser objeto de outra operação mercantil com regular incidência do imposto. Aduz que o farelo é comercializado com as rubricas “venda de varredura” ou “venda de produtos impróprios para consumo humano”. Argumenta que, se o farelo é vendido devidamente tributado, não há razão para ser feito o estorno do crédito relativo às mercadorias devolvidas. Comenta o mecanismo do creditamento do imposto, em atendimento ao critério constitucional da não-cumulatividade. Cita doutrina. Pede que o lançamento objeto do item 11 deste Auto seja cancelado. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação destacando que a defesa foi apresentada intempestivamente. Explica que a intimação originária tinha sido feita na pessoa de preposto do autuado. Quanto ao mérito, diz que o estabelecimento objeto da ação fiscal é uma filial atacadista, não havendo nela nenhum processo industrial, de modo que é totalmente descabida a alegação da defesa de que os produtos devolvidos pelos clientes fossem submetidos a um novo processo industrial, resultando num novo produto a sair com incidência do imposto, pois, para que isso fosse verdade, os produtos teriam, ao menos, de ser remetidos para a unidade fabril de Itabuna. Diz que, se os produtos fossem devolvidos para novo processamento, deixariam de ser produtos acabados e teriam tratamento similar ao de matérias-primas, sujeitas ao cálculo de perdas e à escrituração do “Livro de Produção”. Considera que, em face das correspondências trocadas com a empresa por meio do correio eletrônico, a assertiva da defesa diverge da verdade dos fatos. A seu ver, as Notas Fiscais de devolução não indicam que as mercadorias tivessem entrado no estabelecimento do autuado, e, mesmo que fosse verdadeira a versão da defesa, ainda assim teria de ser feito o estorno do crédito. Quanto às Notas Fiscais anexadas pela defesa às fls. 396 a 399, considera que elas nada provam, a não ser a existência de operações de venda, não tendo a defesa estabelecido o vínculo daqueles documentos com os produtos devolvidos. Aduz que nos arquivos magnéticos há diversas operações com a mesma natureza, ou seja, venda de “varredura”, que não se referem à operação explicada pela defesa, e não têm destaque do imposto. Ressalta que, de qualquer forma, teria de ser feito o estorno do crédito. Opina pela manutenção do lançamento.

## VOTO

Dos 17 itens deste Auto de Infração, foi impugnado apenas o item 11. Fato em discussão: falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas.

O RICMS, no art. 100, inciso V, prevê que seja feito o estorno do crédito do imposto relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento, quando estas se deteriorarem.

A defesa alega que as mercadorias devolvidas, por não serem mais adequadas ao consumo humano, são submetidas a novo processo industrial, de que resulta um novo produto – farelo –, a ser objeto de outra operação mercantil com regular incidência do imposto. Aduz que o farelo é comercializado com as rubricas “venda de varredura” ou “venda de produtos impróprios para consumo humano”. Juntou três Notas Fiscais de venda de “varredura”.

A tese da defesa não está em consonância com as provas apresentadas. Consta nos autos que se trata, neste caso, de uma filial atacadista. A fábrica fica em Itabuna. O fiscal autuante afirma que na filial não é realizado nenhum processo fabril. Sendo assim, para que as mercadorias fossem reprocessadas e transformadas em farelo, teriam de ser remetidas para a fábrica, em Itabuna. Não estou convencido de que as Notas Fiscais apresentadas pela defesa, relativas a vendas de “varredura”, tenham correlação com o que foi alegado, ou seja, que as mercadorias devolvidas foram transformadas em “farelo” (na filial de Salvador), cujas saídas seriam tributadas normalmente.

Observo que as Notas Fiscais apresentadas pela defesa, relativas à venda de varredura, indicam valores insignificantes. Desse modo, mesmo que fosse verdadeira a versão exposta na defesa, ainda assim seria cabível o estorno do crédito, proporcionalmente à redução da base de cálculo, nos termos do art. 100, II, do RICMS, e neste caso a redução seria de praticamente 100%. Faço este comentário apenas para frisar como seria o estorno do crédito se fosse admitida a tese da defesa, porém descarto tal hipótese, pois, como já salientei, as provas apresentadas não corroboram o que foi afirmado na impugnação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento, homologando-se as quantias já pagas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279104.0002/06-2, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 1.472.651,93, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 569.679,42 e de 70% sobre R\$ 902.972,51, previstas no art. 42, inciso II, “a”, “e” e “f”, inciso VII, “b”, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR