

PROCESSO - A. I. Nº 293872.0003/12-7
RECORRENTE - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0234-02/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0395-11/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido constatado, no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas, através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Infrações não elididas. Negado o pedido para realização de diligência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 2ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS em razão de oito imputações, sendo objeto da impugnação originária e do recurso as acusações 7 e 8:

Infração 07. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$796.740,63, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2008), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos às fls. 56 a 78.

Infração 08. Falta de retenção e do consequente recolhimento do ICMS no valor R\$48.401,17, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2008), conforme demonstrativos às fls. 79 a 82.

O Fisco acostou documentos às fls. 08 a 115.

O sujeito passivo impugnou as acusações 7 e 8 do lançamento de ofício às fls. 118 a 134, acostando documentos às fls. 135 a 386.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 388 a 390 (volume II), mantendo a autuação.

Às fls. 393 a 395 estão anexados documentos extraídos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referentes ao pagamento da parcela reconhecida, no valor histórico total de R\$107.029,61.

Em primeira instância o processo foi submetido a análise em sessão de pauta suplementar, tendo

a JJF decidido pela desnecessidade de realização de diligência, em virtude de os autos conterem todos os elementos necessários para o julgamento dos itens impugnados.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão JJF nº 0234-02/13, às fls. 409 a 420. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Inicialmente, quanto ao pedido do sujeito passivo para que todas as intimações e notificações relativas ao presente processo, sejam encaminhadas para o endereço Avenida Chucri Zaidan, 246, Vila Cordeiro, São Paulo – Capital, CEP: 04583-110, e, cumulativamente, no de seus procuradores, Dr. Fernando Antonio Cavanha Gaia (OAB/SP nº 58.079) e Dr. Enio Zaha (OAB/SP nº 123.946), na Rua da Quitanda, 126, Centro, São Paulo/SP, CEP 01012-010, inexistente óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Com relação ao pedido formulado pelo sujeito passivo para conversão do processo em diligência, rejeito tal pedido, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

Passo a analisar o mérito das infrações tomando por base tudo o que constam nos autos.

No mérito, das oito infrações contempladas no Auto de Infração não existe lide quanto ao débito no total de R\$158.051,06, relativos aos itens 01 a 06. Verifico que o autuado, apesar de em sua peça defensiva ter reconhecido como devido o montante citado, efetuou o recolhimento do valor de R\$107.029,61, em 22/10/2012, conforme DAE à fl.195 e documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, às fls. 393 a 395.

Portanto, ante o reconhecimento do autuado, subsistem as infrações 01 a 06.

Quanto à infração 07, o débito foi apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado (2008), e diz respeito a apuração de omissão de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2008), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas.

Já a infração 08, decorrente do mesmo levantamento quantitativo e período, se refere a constatação da falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento na escrita fiscal.

Examinando os papéis de trabalho às fls. 56 a 78, e 79 a 82, respectivamente, que o levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, nos quais a fiscalização especifica os produtos objeto da exigência fiscal, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e se baseia nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saídas, no Registro de Inventário, informadas no arquivo magnético (SINTEGRA). E, foi com base nesse procedimento que restou constatada omissão de saídas de mercadorias tributadas, e falta de retenção do imposto, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

Portanto, em razão de sua natureza objetiva e matemática, a contestação do levantamento quantitativo deve ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas.

O autuado exerceu a ampla defesa, tendo em sua peça defensiva demonstrado perfeitamente o entendimento do real motivo da autuação ao informar os parâmetros utilizados de acordo com os seus respectivos códigos que foram extraídos do arquivo magnético por ele informado à SEFAZ, e impugnou o levantamento quantitativo apontando os seguintes equívocos: transferência de mercadorias em trânsito entre estabelecimentos; mercadorias destruídas pelo adquirente que não retorna ao estabelecimento; e remessa de mercadorias para destruição, ocorrências que diz não terem sido consideradas no trabalho fiscal.

Utilizou como exemplo, para tais alegações, apenas os produtos: IDEAL LEPO SACHET 50X200G e NESTLE CHOC EM PO SOLÚVEL, justificando a grande quantidade de mercadorias e documentos fiscais, e do fato de que, segundo afirma, a origem das diferenças dos demais itens são as mesmas.

Da análise de tais alegações é possível concluir:

Transferência em trânsito entre estabelecimentos.

A alegação do sujeito passivo é de que no momento em que foi apurado o estoque inicial havia mercadorias que estavam em transferências entre estabelecimentos, e por isso, a sua entrada no estabelecimento de destino em 31/12/2007, já tinha sido registrada no inventário, mas, como a mercadoria estava em trânsito entre estabelecimentos, embora já tivessem sido registradas no inventário inicial de 2008. Assim, diz que quando as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento as notas fiscais foram novamente emitidas e escrituradas.

Observe que esse argumento foi feito apenas em relação ao estoque final de 2007 (inicial de 2008), sem levar em consideração que, se é uma sistemática da sociedade empresária, conforme alegado, o mesmo ocorreria em relação ao estoque final de 2008, cujas mercadorias teriam entrado no estabelecimento no ano de 2009.

Além do mais, examinando as cópias das notas fiscais de transferências juntadas na defesa, constato que as transferências do final do ano, na maioria dos casos são registradas no estabelecimento autuado após trinta dias, prazo que não se justifica, tendo em vista que são estabelecimentos dentro do próprio Estado.

Registro ainda que o patrono do autuado presente na sessão de julgamento informou que a sociedade empresária já foi autuada em outros Estados sobre as mesmas questões de que cuidam este processo, o que demonstra que o procedimento do autuado não encontra amparo na legislação tributária.

Portanto, não merece acolhimento o argumento defensivo, tendo em vista que no Registro de Inventários deve ser escrituradas as quantidades existentes no momento de sua verificação, ou seja, na data do balanço, conforme prevê o artigo 330 do RICMS/97. No caso, nas cópias do Registro de Inventário às folhas 83 a 98 do processo, não foi consignada nenhuma anotação ou referência sobre a existência de mercadorias em trânsito ou em poder de terceiros no total dos estoques nos anos de 2007 e 2008.

Mercadoria destruída pelo adquirente que não retorna.

Foi alegado que possui acordo com seus clientes que: a) o obriga a ressarcir-los, caso a mercadoria vendida possua qualquer tipo de problema; b) os clientes deveriam destruir essas mercadorias na presença do impugnante; c) ao destruir as mercadorias, os clientes emitem as notas fiscais de devolução e as notas são registradas nos livros fiscais e arquivos magnéticos da empresa, porém, as mercadorias não retornam à empresa e não são lançadas em seu estoque.

Entendo que para tais ocorrências, deveria o autuado adotar o seguinte procedimento: quando do registro da entrada das mercadorias nos livros fiscais e arquivos magnéticos, deveria efetuar o lançamento a título de baixa de estoque decorrente da perda, deterioração ou destruição destas mercadorias, através do código CFOP “5927” com a finalidade de regularizar o seu estoque, mediante os respectivos documentos fiscais, o que não restou comprovado ter adotado tal procedimento.

Remessa para destruição.

A alegação defensiva é de não possui autonomia e logística para realizar a destruição de mercadorias avariadas, estragadas, etc., e por isso, remete-as para serem destruídas em seu estabelecimento localizado em Feira de Santana-Bahia, emitindo uma nota fiscal com o CFOP 5927 para a baixa da mercadoria no inventário, e posteriormente, emite outra nota fiscal com CFOP 5949 para a remessa dos produtos para a sua filial onde será realizada a destruição, incidindo no registro de duas vezes a mesma operação. Salienta que o Fisco deveria ter considerado somente uma saída para estas operações.

Considerando a afirmativa do autuado de inclusão nas saídas dos documentos fiscais com os CFOPs 5927 e 5949, como bem asseverou o autuante, caso fosse acatado argumento defensivo, geraria um aumento das omissões de saídas das mercadorias autuadas, tendo em vista que, ao retirar o CFOP 5949 ou o CFOP 5927 do levantamento quantitativo dos estoques ocorreria a redução das quantidades saídas dessas mercadorias avaliadas e aumentaria as omissões de saídas apuradas.

Ressalto que o procedimento adotado pelo estabelecimento nas três situações acima comentadas, vai de encontro com a legislação tributária. Nos casos em que as peculiaridades operacionais de um determinado setor ou atividade empresarial possam suprir plenamente as exigências fiscais e nos casos em que a modalidade das operações realizadas impossibilite o cumprimento de obrigação tributária acessória, poder-se-á adotar regime especial que concilie os interesses do fisco com os do contribuinte. Via de regra, o regime especial, dentre outras, poderá versar sobre disposições relativas a obrigações acessórias previstas na legislação, sem, contudo, influenciar na tributação das operações.

No caso, entendo que para a adoção da sistemática operacional do estabelecimento, deveria o autuado requerer um regime especial junto à Secretaria da Fazenda.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 430 a

453, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em síntese, o Recorrente inicialmente reproduz as oito imputações do lançamento de ofício, em seguida afirma que em sua Impugnação teria demonstrado o pagamento do crédito tributário relativo aos itens 1, 2, 3, 4, 5 e 6 do Auto de Infração, e o julgador administrativo de primeira instância teria reconhecido o pagamento realizado, contudo teria homologado “a quantia equivocada de R\$158.051,06.”

Que, conforme guia que teria juntado aos autos do processo, teria realizado o pagamento no valor total de R\$169.894,88, que deveria ser homologado, extinguindo-se o respectivo crédito tributário, e cancelando-se os itens 1 a 6 do Auto de Infração.

Prossegue expondo que com relação aos itens 7 e 8, a Fiscalização lavrou o Auto de Infração com base em levantamento físico das mercadorias constantes do seu estoque registrado em seus arquivos eletrônicos. Que, de acordo com o levantamento feito pelas Autoridades Fiscais, foi constatado que a Recorrente teria omitido saídas de produtos entre o período de janeiro a novembro de 2008.

Que as Autoridades Fiscais apuraram, no período de 31/12/2007 a 31/12/2008 o estoque inicial, somaram as mercadorias que entraram em seu estabelecimento, subtraíram as mercadorias que saíram e subtraíram o montante das mercadorias registradas no estoque final.

Que, em termos contábeis, o resultado dessa operação deveria ser igual a zero. Que como nos registros da Recorrente o valor desta conta, nos produtos listados no relatório fiscal, era sempre superior a zero, as Autoridades Fiscais consideraram que as entradas de mercadorias registradas nos arquivos da Recorrente eram superiores às suas saídas e, neste sentido, presumiram que a empresa teria promovido saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

O contribuinte copia as duas “planilhas exemplificativas” que havia elaborado quando da apresentação a impugnação originária, às fls. 120 e 121 dos autos, referentes a dois produtos que identifica como Ideal Lepo sachet 50x200g (código 412824) e Nestle Choc em pó solúvel (código 414513), e prossegue reproduzindo o texto da mesma impugnação inicial quanto a que o Fisco considerou que as diferenças apuradas referem-se a saída de produtos sem a emissão das respectivas notas fiscais mas que ele, recorrente, teria demonstrado a origem de tais diferenças, mas que a JJF teria entendido que, com relação à alegação de transferência entre estabelecimentos, o mesmo problema alegado no estoque inicial de 2008, ocorreria no estoque final de 2008 e, por isso, a alegação não procederia. Que além disso ele, Recorrente, teria efetuada a escrituração das notas fiscais de forma extemporânea, e, ainda, não teria o registro destas mercadorias como mercadorias em poder de terceiros, o que afastaria as suas alegações; que ele, recorrente, teria utilizado o procedimento equivocado para fazer o registro das mercadorias destruídas pelo adquirente; por fim, quanto ao ponto de remessa para destruição, que estas alterações nos lançamentos gerariam um aumento nas omissões de saída, de modo que, por isso, deveria ser desconsiderada esta alegação. Que a decisão de primeira instância também considerou que seria desnecessária a realização de diligência para que fossem apuradas as diferenças alegadas por ele, Recorrente.

O contribuinte pede a reforma do Acórdão de base e em seguida diz que exemplifica os equívocos que teriam sido cometidos pelo Fisco com as duas mercadorias já citadas porque a origem das diferenças apuradas pela Fiscalização é praticamente a mesma para todos os produtos.

Continua reproduzindo o texto da impugnação inicial aduzindo que na data de 31/12/2007 haveria mercadorias que ainda estavam em trânsito mas cuja entrada no estabelecimento de destino já havia sido registrada. Aduz ser esta a sistemática da empresa, e que toda vez que efetua a transferência de mercadorias entre os seus estabelecimentos já registra no livro de saída do estabelecimento remetente a saída da mercadoria e efetua o lançamento no inventário da baixa da mercadoria no estoque. Que, no estabelecimento de destino, efetua o lançamento somente no inventário, para o registro das novas mercadorias neste estabelecimento de destino.

Que, contudo, “o lançamento no registro de entradas só é realizado quando da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento de destino, uma vez que a sua entrada física neste estabelecimento não se dá exatamente no mesmo momento da sua saída do estabelecimento de origem.”

Que, assim, o estabelecimento de destino já havia registrado no inventário as mercadorias enviadas pelo remetente, mas, como estas mercadorias não haviam chegado ao destino, ainda não havia ocorrido o seu lançamento no registro de entrada.

Que quando as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento de destino foram emitidas e escrituradas as respectivas notas fiscais de entrada. Que isto “só ocorreu durante o período de 01/01/2008 a 31/12/2008, e, por isso, ficou parecendo, nas apurações fiscais, que a Recorrente tinha em seu estabelecimento de destino mais mercadoria do que supostamente deveria.

Contudo, aquelas mercadorias que estavam em trânsito em 31.12.2007, que não foram registradas no livro fiscal de entrada em 2007, mas foram registradas no inventário de 2007, são exatamente as mesmas mercadorias que entraram no estabelecimento no período de 2008.”

Que as diferenças em questão referem-se somente a produtos que foram escriturados no inventário mas que, por estarem em trânsito, não foram lançados nos registros de entrada em 31/12/2007, mas só em 2008, quando do ingresso físico.

Aduz que o Fisco deveria ter excluído, do estoque inicial de 2008, as mercadorias que estavam em trânsito e só entraram em 2008. Que juntou à sua Impugnação “planilha” identificando as notas fiscais que se referem às mercadorias que estavam em trânsito, e que demonstrariam a composição das diferenças em questão.

Diz que a JJF entendeu que a alteração do estoque inicial de 31/12/2007, em razão das mercadorias em trânsito também geraria alteração no estoque final de 31/12/2008, o que não teria sido levado em consideração pela Recorrente em sua Impugnação. Que, contudo, tal entendimento estaria equivocado porque o fato de ter mercadorias registradas no inventário em 31/12/2007, que só foram registradas nos livros de entrada no período de 2008, não obriga que o mesmo tenha ocorrido em relação ao estoque final apurado em 31/12/2008.

Que “a decisão de primeira instância levanta uma hipótese conclusiva que absolutamente não decorre das suas premissas. Não se pode concluir, como pretenderam os julgadores de primeira instância, que como a Recorrente tem um desencontro de registro de notas fiscais no inventário e no livro de entradas, no período de 31.12.2007, também terá no período de 31.12.2008.”

Diz que para que tal afirmativa fosse feita sem presunção seria necessária a realização da diligência que ele, recorrente, já havia solicitado, para a apuração dos estoques inicial 31/12/2007 e final de 31/12/2008, para que se confirmasse quais notas fiscais foram registradas no exercício posterior ao mês em que houve o registro das notas fiscais no inventário.

Que a decisão de Primeira Instância administrativa menciona que as notas fiscais, na maioria das vezes, são escrituradas de forma extemporânea, ou seja, após 30 dias da sua emissão, prazo que não se justificaria, mas que estaria havendo confusão porque a afirmação de que há notas fiscais que foram escrituradas extemporaneamente não poderia levar à conclusão de que ele, recorrente, não comprovou a origem das diferenças apuradas pela Fiscalização no levantamento fiscal.

Que o fato de as notas fiscais terem sido registradas no exercício seguinte comprovaria a origem das diferenças apuradas no levantamento fiscal quantitativo, e a decisão de primeira instância teria invertido a lógica das alegações dele, Recorrente, para dizer que como estas notas teriam sido escrituradas extemporaneamente não poderiam ser consideradas na recomposição do levantamento fiscal.

Aduz que a afirmação feita na decisão de primeira instância acerca de que ele, Recorrente, não traz aos autos qualquer informação registrada no seu inventário quanto a mercadorias em poder de terceiros, ou mercadorias em trânsito, não afasta o fato de que estas mercadorias estavam

efetivamente em trânsito e, por isso, no entender dele, recorrente, *“deveriam ser consideradas dessa forma na recomposição do levantamento.”*

Afirma que deveriam ser levadas em consideração as mercadorias em trânsito na recomposição do levantamento fiscal.

A seguir o sujeito passivo reprisa a alegação de que, quanto às mercadorias destruídas pelo adquirente, que não retornam, com alguns dos seus clientes, possui acordo em que se obriga a ressarcir-los, caso a mercadoria vendida possua qualquer tipo de problema. Que este ressarcimento pode ser feito em dinheiro ou em entrega de novas mercadorias, para repor as mercadorias anteriormente vendidas com algum tipo de problema. Que, nestes casos, para que os seus clientes tenham direito ao ressarcimento, é necessário que destruam a mercadoria avariada na presença dele, Recorrente. Que feita a destruição da mercadoria, os seus clientes emitem notas fiscais de devolução da mercadoria e estas notas fiscais são registradas nos livros fiscais e arquivos magnéticos dele, Recorrente.

Que tal nota fiscal só é utilizada para registrar a operação em questão. Que, contudo, *“como a mercadoria é imediatamente destruída pelo seu cliente e não retorna ao estabelecimento da Recorrente, a mercadoria não é registrada em seu estoque.”*

Que ele, Recorrente, *“registra nos livros fiscais e arquivos magnéticos a nota de devolução, mas, como a mercadoria não entra efetivamente em seu estabelecimento, não é feito o seu registro no inventário da Recorrente.”*

Que apesar de haver emissão de nota fiscal de entrada, as mercadorias de fato não entraram em seu estabelecimento e, por isso, nas apurações fiscais, *“ficou parecendo que a Recorrente teria mais mercadorias entradas em seu estabelecimento do que efetivamente ocorreu na realidade.”*

Que em seu entender o Fisco, quando da realização do levantamento fiscal, deveria desconsiderar a entrada destas mercadorias no estabelecimento dele, Recorrente.

Afirma que quando as mercadorias foram devolvidas pelos clientes da Recorrente, como houve a sua destruição imediata, não houve apropriação do crédito pelo retorno da mercadoria em questão, não se obtendo vantagem fiscal. Que juntou à Impugnação “planilha” identificando as notas fiscais que se referem às mercadorias em questão, demonstrando, assim, a composição das diferenças em questão.

Que a JJF, para afastar a possibilidade de recomposição do levantamento fiscal quantitativo quanto a este ponto da defesa, afirma que ele, Recorrente, deveria ter adotado procedimento diferente.

Que de acordo com a decisão de Primeira Instância, a Recorrente deveria efetuar o lançamento a título de baixa de estoque decorrente da perda destas mercadorias, através do código CFOP 5927.

Que, contudo, haveria equívoco da decisão de primeira instância, porque no Auto de Infração não se discute se o procedimento, cumprimento de obrigações acessórias, pela empresa, foi correto ou não. Que o que ele, Recorrente, queria demonstrar seria a origem das diferenças apuradas no levantamento quantitativo.

Que independentemente de ele, Recorrente, ter adotado os procedimentos corretos dos lançamentos em seus registros fiscais e inventário, teria demonstrado a origem das diferenças apuradas no levantamento quantitativo.

Que se algum procedimento estivesse errado, o Fisco poderia aplicar multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Que o procedimento sugerido pela decisão de primeira instância não teria sanado os problemas encontrados pela Recorrente na apuração do seu estoque, porque o procedimento sugerido pelos julgadores *a quo* só diminuiria as mercadorias registradas no estoque, o que não modificaria *“as diferenças apuradas pela Fiscalização, uma vez que o problema maior foi em relação à nota*

fiscal de devolução emitida, registrada no livro de entradas sem que houvesse o registro dessa movimentação do estoque.”

O contribuinte passa a reprisar a alegação defensiva no sentido de que a terceira parceira parte das diferenças apuradas pela Fiscalização refere-se a mercadorias remetidas para destruição. Reafirma que seu estabelecimento em Lauro de Freitas, ora autuado, não possui autonomia técnica e logística para realizar a destruição de mercadorias avariadas, estragadas, sem validade, etc., e, em razão disso, remete as mercadorias para serem destruídas em seu estabelecimento localizado em Feira de Santana. Que para registrar estas operações em seus livros fiscais e contábeis, primeiramente emite uma Nota Fiscal de destruição da mercadoria com o CFOP nº 5927 e, neste mesmo instante, registra a baixa dessa mercadoria do seu inventário.

Que como este estabelecimento não realiza a destruição destas mercadorias, após ser juntada uma quantidade razoável de mercadorias para serem destruídas, a Recorrente faz a sua remessa, como o CFOP nº 5949, para o seu estabelecimento em Feira de Santana, que, por sua vez, realiza a sua destruição.

Que “Em razão destes procedimentos, acaba registrando duas vezes em seus Livros a saída destas mercadorias. Contudo, como se pode perceber, há, na realidade, a saída somente de uma mercadoria, quando ocorre a efetiva remessa da mercadoria para o seu estabelecimento em Feira de Santana.”

Que as Autoridades Fiscais, ao realizarem as apurações sobre o estoque das mercadorias da Recorrente, deveriam ter considerado uma saída somente para estas operações e não duas, como ocorreu no presente caso.

Aduz ter juntado à impugnação “planilha” identificando as notas fiscais que se referem às mercadorias em questão.

Que, com relação a este ponto, a decisão de Primeira Instância administrativa entendeu que, caso a alegação da Recorrente procedesse, haveria uma redução das saídas registradas, o que acabaria gerando um aumento da omissão de saídas.

Que a “decisão de Primeira Instância parece não ter entendido a lógica da recomposição do levantamento fiscal pretendido pela Recorrente. Na realidade, a Recorrente demonstrou em sua Impugnação os pontos que envolvem os lançamentos em seus livros fiscais de entrada e de saída e lançamentos no inventário que acabam por gerar uma distorção no seu controle de estoque.”

O contribuinte alega que deveria ser realizada a recomposição do levantamento fiscal levando-se em consideração as “diferenças” que aponta.

Elabora planilha refazendo os cálculos fiscais em relação aos dois produtos que já mencionara antes, de forma exemplificativa, aduzindo que a situação ocorria em relação a todos os itens do levantamento fiscal. Aduz ter juntado à Impugnação originária “planilha” com a recomposição de todos os produtos apurados pela Fiscalização, levando em consideração os três pontos mencionados na defesa.

Afirma que este Conselho tem decidido pela recomposição de levantamento fiscais em que há inconsistências, copia Acórdãos prolatados em outras lides.

Pede a conversão do feito em diligência citando o artigo 123, §3º, do Decreto nº 7.629/99, para que as autoridades fiscais apurem a origem das diferenças autuadas, levando em conta os pontos que mencionara.

Afirma que a decisão de Primeira Instância administrativa teria cometido equívoco ao deixou de converter o feito em diligência, porque teria impedido que ele, Recorrente, pudesse demonstrar e comprovar a origem de cada uma das diferenças apuradas pela Fiscalização, o que seria inviável ;ser feito por meio de uma petição.

Conclui pedindo a reforma da decisão de primeira instância, “cancelando-se” o Auto de Infração,

extinguindo-se o respectivo crédito tributário e os consectários legais.

Alternativamente, requer seja determinada a conversão do presente feito em diligência, nos termos do art. 123, §3º, do Decreto nº 7.629/99, para que as autoridades fiscais façam a recomposição da movimentação dos estoques, levando em consideração “as diferenças” que mencionara. Requer ser intimado para a realização de sustentação oral nos termos do artigo 163 do Decreto nº 7.629/99. Protesta pela posterior juntada dos documentos fiscais mencionados no presente Recurso, bem como de documentação complementar. Requer que as intimações relativas a este processo sejam feitas via postal no endereço Avenida Chucri Zaidan, 246, Vila Cordeiro, São Paulo – Capital, CEP: 04583-110, e, cumulativamente, no de seus procuradores, Dr. Fernando Antonio Cavanha Gaia (OAB/SP nº 58.079) e Dr. Enio Zaha (OAB/SP nº 123.946), na Rua da Quitanda, 126, Centro, São Paulo/SP, CEP 01012-010.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho Sento-Sé, emite Despacho às fls. 458 a 460 inicialmente resumindo as imputações e as alegações do contribuinte a respeito, sugerindo a conversão do feito em diligência para apuração do quanto suscitado pelo recorrente acerca de equívocos na auditoria de estoque realizada, por se tratar de matéria eminentemente técnica, conforme descreve a Representante da PGE/PROFIS à fl. 459 dos autos.

O Processo foi submetido, por esta Relatora, a análise em sessão de pauta suplementar desta 1ª CJF, tendo sido então verificado que, diante dos elementos probatórios constantes nos autos - inclusive analisando-se as alegações do contribuinte em sede de impugnação e de apelo recursal acerca de datas de aquisição das notas fiscais de entrada computadas para efeito da auditoria realizada; quanto a mercadorias ainda em trânsito no exercício de 2008, e computadas como integrantes do estoque final de 2007; quanto a mercadorias remetidas para destruição - é desnecessária a realização de diligência saneadora para nova apuração dos fatos.

Foi então deliberado, por unanimidade, o encaminhamento do processo à PGE/Profis com solicitação de emissão de Parecer técnico-jurídico acerca da lide instaurada.

O recorrente pediu vista do processo à fl. 472.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho Sento-Sé, emite Parecer às fls. 473 a 476 preambularmente resumindo as imputações e as alegações do contribuinte a respeito, os dados do processo e aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, o quanto já alegado na impugnação inicial.

Aduz que o pleito de homologação dos pagamentos realizados deverá ser objeto de verificação pela repartição fazendária competente.

Afirma que os fatos impositivos descritos nas infrações 7 e 8 definem com precisão os elementos essenciais da relação jurídico-tributária, tendo sido exigido o imposto de acordo com a Portaria nº 445/98.

Expõe que o ponto nevrálgico da tese defensiva consiste nas alegações relativas a desconsideração da existência de transferência, em trânsito, de mercadorias entre estabelecimentos; mercadorias destruídas pelos adquirentes, sem retorno; e mercadorias remetidas para destruição em estabelecimento localizado em Feira de Santana. Que a conduta adotada pelo recorrente não se compatibiliza com as regras da legislação tributária vigente.

Que o RICMS/BA/97 estabelece, em seu artigo 330, que no livro Registro de Inventário deverão ser escrituradas as quantidades de mercadorias existentes no momento de sua verificação, ou seja, na data de balanço.

Destaca que os elementos probatórios constantes dos autos (cópias das notas no livro Registro de Inventário) demonstram a inexistência de qualquer anotação, ou referência, sobre mercadorias em trânsito, ou em poder de terceiros, no total dos estoques de 2007 e de 2008.

Que o contribuinte não comprova ter efetivado o lançamento a título de baixa de estoque

decorrente de perda, deterioração, ou destruição das mercadorias, através do CFOP 5927, com o objetivo de regularizar e legalizar seus estoques.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Em assentada de julgamento, o Advogado da empresa apresenta Memorial em que resume parte dos argumentos já expostos na impugnação originária e no texto do apelo recursal. Faz sustentação oral reafirmando que teria realizado o recolhimento de crédito tributário no valor de R\$169.894,88, e que a JJF só teria mencionado o pagamento no valor de R\$158.051,06, requerendo a revisão deste recolhimento. Reprisa os demais argumentos recursais. Requer a realização de diligência para que seja feita a recomposição do levantamento de estoque realizado pelo Fisco. Reassegura que o descumprimento de obrigações acessórias ensejaria a aplicação de multa por descumprimento de obrigações acessórias.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações 7 e 8.

Preliminarmente, de ofício verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, tendo sido assegurado ao contribuinte o exercício do amplo direito de defesa, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, inclusive a Decisão *a quo*, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao pedido para que as comunicações ao contribuinte, relativas ao Auto de Infração em lide, sejam encaminhadas ao endereço que indica em seu Recurso Voluntário, tal providência pode ser tomada pela Inspetoria Fazendária de origem, respeitado o teor do artigo 108 do RPAF/99. Assinalo, por devido, que embora esse pleito quanto ao endereço de intimação possa vir a ser acatado por esta SEFAZ, o não atendimento desta solicitação do contribuinte não implicaria nulidade, posto que o endereço do estabelecimento da empresa, portanto o endereço da pessoa jurídica autuada, é aquele que consta em seu cadastro nesta SEFAZ, pelo que, a rigor, este o endereço a ser utilizado por esta Secretaria para efeito de intimação fiscal.

Preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento. Observo, por oportuno, que igualmente não percebi vício da Decisão de base quando também negou o pedido do contribuinte para a realização da diligência então requerida.

Quanto à solicitação do contribuinte no sentido da verificação de incorreção do quanto homologado pela JJF, assinalo que o contribuinte afirma ter reconhecido o débito relativo às imputações 1 a 6, e assevera ter efetuado o recolhimento do valor de crédito tributário para as mesmas lançado de ofício, mas os documentos extraídos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, às fls. 393 a 395, apontam o recolhimento do valor histórico de R\$107.029,74. Por outro aspecto, não se inclui entre as atribuições deste CONSEF a verificação dos pagamentos realizados relativos a Auto de Infração, cabendo este procedimento administrativo a outro setor dessa SEFAZ/BA, que tomará as providências cabíveis à necessária homologação dos pagamentos realizados.

No mérito, não merece reparo a decisão recorrida, que a rigor esgota a apreciação dos argumentos trazidos pelo contribuinte aos autos em primeira instância, reprisados quando da interposição de Recurso Voluntário.

Consoante já exposto pela JJF, as infrações 7 e 8 estão alicerçadas nos demonstrativos fiscais de fls. 56 a 78, e 79 a 82. O Fisco também acosta cópia do livro Registro de Inventário do contribuinte às fls. 83 a 115. O contribuinte admite que o Fisco realizou o levantamento com base

em seus livros Registro de Inventário e em seus arquivos magnéticos SINTEGRA. Não aponta equívocos matemáticos na apuração, nem comprova desobediência, pelo Fisco, do quanto previsto na Portaria nº 445/98, que neste Estado disciplina a realização deste tipo de auditoria, levantamento de estoque.

Conforme como dito tanto pelo contribuinte em suas peças defensivas, quanto no voto do julgamento de base, o levantamento físico de estoque consubstancia-se em uma operação de contagem de mercadorias e, quando realizada em exercício fechado, como é a situação em análise, tal verificação dá-se com base na documentação fiscal relativa a operações de entradas e de saídas, e também no quanto registrado pelo contribuinte em seu livro Registro de Inventário.

Quando o contribuinte, ao seu alvedrio e conveniência, por questões operacionais e em decorrência de decisão da empresa no sentido da utilização de determinado sistema informatizado próprio, com esta opção adota procedimento incompatível com a legislação tributária em vigor, de fato, tal como afirmado pelo contribuinte, pode vir a ser, porventura, apenado pelo descumprimento de obrigação tributária acessória, em ação fiscalizadora que destine-se a tal verificação.

Porém, mais do isto, a adoção de sistemática que contraria a legislação tributária vigente cria obstáculos ao exercício do poder-dever de verificar a regularidade do cumprimento da obrigação tributária principal. Esta situação configura-se nos autos.

Quanto à alegação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos que, quando ainda em trânsito, teriam sido computadas no estoque do estabelecimento destinatário, ora autuado, como se já ingressadas no estoque do estabelecimento, e novamente computadas pelo Fisco quando da análise das notas fiscais de entrada destas mercadorias, observo que trata-se de bens fungíveis, pelo que embora utilizada denominação comum para determinado tipo de mercadoria, não há comprovação acerca de que a mercadoria que saiu de um estabelecimento é, necessariamente, aquela que está escriturada no livro Registro de Inventário, embora seja plausível tal argumento. Contudo, tal como observa a JJF, dentro deste mesmo Estado não é razoável admitir-se a necessidade de trinta dias, ou mais do que isto, para que a mercadoria oriunda de um estabelecimento chegue a seu destino. Por outro lado, cabe ao Fisco utilizar os dados fiscais do contribuinte conforme estão registrados, exceto se o contribuinte prova documentalmente erro da empresa ao realizar o registro.

Tanto o Fisco não tem o poder de desconsiderar os dados do inventário, no sentido de que mercadorias ali registradas não teriam ainda ingressado no estabelecimento, como também não pode basear-se em ilação contrária. Deve ater-se aos dados dos registros fiscais, conforme estabelece o artigo 130 do RICMS/BA/97, então vigente:

RICMS/BA/97:

*Art. 330. O livro Registro de Inventário, modelo 7 (Anexo 46), destina-se a arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento **na data do balanço** (Conv. SINIEF, de 15/12/70).
(grifo nosso)*

Por outro lado, nas cópias de fls. 83 a 115 dos autos, acostadas pelo Fisco, inexistente qualquer observação escrita pelo contribuinte acerca de mercadoria em poder de terceiros, mas que integraria o estoque naquele momento.

Quanto à argumentação do contribuinte acerca de que a JJF teria baseado a Decisão na afirmativa de que mercadorias em trânsito em 2008 teriam ingressado em 2009, e que isto não está provado nos autos, em verdade a JJF menciona tal possibilidade nos autos mas resta claro, no texto do voto que baseia a Decisão de piso, que não é esta a sua motivação, e sim uma observação acerca da argumentação, não comprovada pelo contribuinte, quanto a que mercadorias em trânsito teriam sido indevidamente computadas como se já estivessem em estoque na data da realização

do balanço do estabelecimento.

No que tange à alegação da empresa acerca de mercadorias que teriam sido destruídas pelos adquirentes e que não teriam retornado ao estabelecimento, labora em acerto a JJF ao afirmar que o contribuinte, quando do registro das notas fiscais de entrada das mercadorias nos seu livros fiscais e arquivos magnéticos, deveria concomitantemente efetuar o lançamento a título de baixa de estoque decorrente da destruição destas mercadorias com o Código de Operações Fiscais - CFOP 5927 (lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração), para regularizar seu estoque, o que o contribuinte não comprova ter realizado.

Em relação à alegação defensiva no sentido de que o Fisco teria considerado saídas em duplicidade, em relação às operações com emissão de notas fiscais com 5927 para a baixa da mercadoria no inventário, e emissão de nota fiscal com CFOP 5949 [outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado] para a remessa dos produtos para a filial da empresa na qual é realizada a destruição de mercadorias avariadas, observo que exatamente como afirma a JJF, se desconsiderada uma das duas operações com tais CFOPs, como pede o contribuinte, isto em verdade aumentaria a quantidade de saídas sem emissão de nota fiscal, o que majoraria o valor devido de imposto lançado no Auto de Infração. Todavia, o Fiscal autuante esclarece que essa alegada situação não ocorreu, conforme os dados dos demonstrativos fiscais.

Por outro lado, o contribuinte afirma, mas não comprova, que existiria tal encadeamento de emissão de notas fiscais com estes CFOPs.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração no valor histórico de imposto de R\$1.003.192,86, acrescido das multas de 60% sobre R\$206.452,23 e de 70% sobre R\$796.740,63, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados, pela repartição fazendária competente, os valores recolhidos, quando deverão ser tomadas as providências necessárias à sua apuração, e intimado o recorrente para efetuar o pagamento dos valores remanescentes, observando-se a necessidade de verificação da alegação do contribuinte no sentido de haver recolhido o valor histórico de R\$169.894,88, conforme documento que o contribuinte acosta à fl. 195 dos autos deste processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293872.0003/12-7**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.003.192,86**, acrescido das multas de 60% sobre R\$206.452,23 e 70% sobre R\$796.740,63, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados, pela repartição fazendária competente, os valores recolhidos e intimado o recorrente para efetuar o pagamento dos valores remanescentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS