

A. I. N° - 293872.0002/13-9  
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0026-04/14**

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS INTERNAS A CONTRIBUINTES. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovada vendas a restaurantes, sorveterias, padarias e delicatessens, empresas cadastradas como contribuintes da SEFAZ. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 3. BENEFÍCIO FISCAL. USO INDEVIDO. a) REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO N° 7.799/00. Comprada nos autos a venda a contribuintes com inscrição estadual desabilitada no CAD-ICMS/BA (suspensa, baixada, cancelada). Infração reconhecida. b) REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PARA VENDAS A MICRO E PEQUENA EMPRESA PREVISTA NO DECRETO N° 7.466/98. Comprovada nos autos vendas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS-BA na condição de “normal” à época das operações. Infração caracterizada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE SAÍDAS. a) IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES PRÓPRIAS. ÁCIDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. b) IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE 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. Infrações caracterizadas. Negado o pedido para realização de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide lavrado em 06/06/2013, reclama ICMS no valor total de R\$224.755,00, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$60.670,92, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuinte localizado neste Estado, conforme demonstrativo Anexo I (fls. 13 a 26 e CD fl. 12). Período: janeiro a dezembro 2009.

Multa: 60%;

2. Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$2.826,25, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de março, maio, junho, agosto e outubro de 2009, conforme demonstrativos às fls. 27 a 32 e CD de fl. 12. Multa: 60%;
3. Recolheu a menos do ICMS no valor de R\$91.784,10, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a novembro de 2009, conforme demonstrativos e documentos às fls. 33 a 36 e CD de fl. 12. Multa: 60. Em complemento consta: *Contribuinte signatário do Termo de Acordo Atacadista (Dec. 7.799/00), com direito à redução da base de cálculo nas saídas de mercadorias exclusivamente para contribuintes deste estado. Neste caso, houve vendas para empresas com inscrição estadual desabilitada (suspensa, baixada, cancelada);*
4. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$19.038,65, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período janeiro a novembro 2009, conforme demonstrativos e documentos às fls. 37 a 41 e CD de fl. 12. Multa: 60; Em complemento consta: *Utilizou indevidamente o Benefício de Microempresa (Dec. 7.466/98), com aplicação da alíquota de 7% para contribuintes inscritos no cadastro do ICMS como NORMAL, cuja alíquota correta é de 17%;*
5. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$45.791,52, 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 (2009), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos às fls. 42 a 59 e CD de fl. 12;
6. Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS no valor R\$4.643,56, 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 (2009), conforme demonstrativos às fls. 64 a 99 e CD de fl. 12. Multa: 70;

O sujeito passivo por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresenta defesa às fls. 108 a 135.

Transcreve as infrações, e passa a rebatê-las:

**DA INFRAÇÃO 01: DA INEXIGÊNCIA DO ICMS-ST – OPERAÇÕES PARA CONSUMO.**

Reproduz os artigos 61, 126, 353, II, do RICMS-BA, e diz que as operações relacionadas no Anexo I não estão sujeitas ao recolhimento de ICMS por substituição tributária por serem operações com consumidores finais o que encerra a cadeia produtiva.

Fala que a Constituição Federal prevê duas cobranças de ICMS: na modalidade da não-cumulatividade ou pelo regime de substituição tributária.

Aduz que a não cumulatividade assegura o aproveitamento pleno dos créditos pelas entradas e o responsável pelo recolhimento do valor apurado na conta corrente fiscal é o contribuinte que ensejou a operação de circulação de mercadorias e/ou prestação e serviços, conforme exemplifica.

Já a forma de ST (substituição para frente ou para trás) possibilita eleição de recolhimento do imposto por terceiro, com MVA ou pauta fiscal, como também exemplifica.

No caso concreto diz que a cadeia produtiva se encerrou com as vendas diretas da Impugnante aos consumidores finais (restaurantes, sorveterias, padarias e delicatensens) e não com revendedores e, não havendo saída posterior dos produtos, não há incidência tributária por ST. Nesse sentido, afirma que bastaria analisar as NFs objeto da autuação para constatar a venda direta, o que se confirma com a documentação que diz acosta (Doc. 03 – CD, fl. 56). Para tanto, requer perícia contábil e fiscal, apresentando questões.

Entendendo que as operações internas de vendas a consumidores finais lhe obrigam recolher ICMS por uma única operação de circulação, discorda da exigência fiscal sobre a MVA ou pauta fiscal (coluna H do demonstrativo da infração), pede o cancelamento da autuação.

#### DA INFRAÇÃO 04: DAS OPERAÇÕES COM MICROEMPRESAS

Diz que para incentivar as pequenas empresas foi publicada a LC 123/06 e, mas, já conforme a legislação federal anterior, a Bahia editou o Dec. 7.466/98, que já previa alíquota diferenciada para vendas às micro e pequenas empresas, na forma do art. 51, I, “c”, transcrito.

Alega que a questão se cinge ao correto enquadramento tributário dos adquirentes à época das infrações. Argumenta que, com base nas informações atuais e que não lhe foram disponibilizadas, o autuante presumiu que os adquirentes relacionados no Anexo IV seriam, na época das operações, empresas sujeitas à tributação normal, ou seja, lastreou-se em mero indício, mas tais destinatários estavam cadastrados na Receita Federal como microempresas à época das operações.

Destaca que possui sistema de informática que, *online*, confronta informações cadastrais na SRF não apenas para confirmar a existência e validade da personalidade jurídica das pessoas com quem comercializa, mas também para efeito tributário.

Nesse sentido, frisa que os adquirentes identificados na infração se enquadraram como micro e pequena empresa, inclusive atualmente, conforme documentação que por amostragem acosta à defesa (Doc. 04 – CD, fl. 56). Como exemplo, cita a empresa “Clarindo Silva & Cia Ltda – EPP”, CNPJ 14.738.504/0001-18, IE 002.205.209.

Também requerendo perícia e fazendo questionamento, diz que a acusação fiscal é insubstancial.

#### INFRAÇÕES 05 E 06: DA REGULARIDADE FISCAL E DAS DIFERENÇAS ENCONTRADAS

Fala que o débito foi apurado com base em levantamento físico das mercadorias constantes do estoque do estabelecimento, registrados em seus livros fiscais, mas, que as infrações efetivamente não ocorreram, pois ocasionadas por questões pontuais na sua operação ou por atraso na escrituração fiscal, o que diz estar sintetizado na documentação que anexa (Doc. 05, CD fl. 56), de modo que a questão poderia ter sido resolvida pela fiscalização ao questionar tais pontos.

Passa a segregar os pontos.

Diz observar dos Anexos V e VI do AI que a fiscalização identificou recebimento de mercadorias em estoque (NF 958197, por exemplo), em 22/10/2008, mas, todavia, não a escriturou no livro Registro de Entradas, contudo, não houve omissão de receita porque a NF foi escriturada em 07/01/2009.

Frisa que não se pode confundir omissão de receita pela falta de registro de entrada da mercadoria com escrituração tardia de documento fiscal, pois são infrações distintas, de modo que a infração, nesse ponto, é infundada.

Fala que, também, por exemplo, não houve omissão de receita decorrente da falta de registro das NFs 96673 e 96674, pois tal situação se dá apenas por causa da forma de operacionalização e escrituração que adota com amparo na legislação, ocorrendo um curto lapso temporal entre a escrituração nos livros fiscais. Diz que por centralização contábil e apuração de ICMS, ao

transferir mercadorias entre filiais, escritura concomitantemente a baixa no livro Registro de Inventário da remetente e a entrada no livro Registro de Inventário da destinatária, no caso a fiscalizada.

Ocorre que, não obstante o registro informatizado imediato e simultâneo, a remessa física demora dias e, pelo fato da legislação estabelecer escrituração no momento da entrada física, se dá o lapso temporal entre as escriturações.

Neste caso, as mercadorias foram remetidas à Impugnante em 28/12/2009, mas as entradas foram escrituradas em 04/01/2010, quando fisicamente ingressaram no estabelecimento da Impugnante. Repisa que, também por isso, não houve falta de recolhimento de ICMS.

Além disso, diz que parte das saídas das mercadorias se deu para destruição no estabelecimento adquirente ou em outros estabelecimentos da Impugnante e que tais operações foram escrituradas.

Há situações, a exemplo das NFs 411002 e 12019398, em que as mercadorias sofrem avarias no transporte e se tornam impróprias para consumo, sendo, por isso, devolvidas. Ocorre que, tendo em vista o baixo valor e pequena quantidade, o retorno se torna inviável economicamente, fazendo-se a “Indenização Sem Retirada” (aba 5 da planilha Doc. 05 - CD fl. 56), ou seja, a devolução da venda sem a circulação da mercadoria, pois o cliente emite NF de devolução e a Impugnante lhe reembolsa, mas não há transferência física da mercadoria, eis que destruída pelo adquirente e a escrituração da NF se dá apenas no LRE e não no Registro de Estoque.

Diz que o mesmo ocorre na “Remessa para Destrução” (aba 6 da planilha – Doc. 05, CD de fl. 56), quando emite NF para baixa do estoque (CFOP 5927) e, posteriormente, emite outra NF de remessa para destruição em outro estabelecimento.

Alega que também nesse caso não há omissão de receita (exemplo NFs 690331 e 707925), pois as mercadorias foram remetidas para destruição em outros seus estabelecimentos mediante prévia baixa do estoque.

Ressalva que as situações relatadas ocorreram para todas as NFs identificadas nas planilhas emitidas com base nos registros fiscais e acostadas aos autos (Doc 05). Portanto, fazendo quesitos, requer perícia contábil e fiscal para verificar que as operações que originaram as infrações 5 e 6 foram escrituradas, bem como as NFs de saída sem baixa no estoque se referem a remessa para destruição em estabelecimento diverso ou no estabelecimento do adquirente, inexistindo falta de recolhimento de tributo, razão pela qual, alega a insubsistência do auto de infração em relação a essas infrações.

Segundo, expressa que, acaso superadas as questões expostas, diz que as multas propostas não podem prevalecer em razão da falta de elemento subjetivo, pois não causou prejuízo ao Erário. Nesse sentido, transcreve os arts. 136, 137, II e 112, do CTN, bem como ementa de decisão do STJ.

Frisa que a exigência fiscal foi ocasionada pela ausência de questionamento do autuante quanto às questões fáticas aventadas e que diante de sua boa-fé não se lhe pode imputar as sanções propostas e que a inexistência de prejuízo ao Erário resulta penalidade desproporcional, irrazoável e confiscatória, não permitida pelo ordenamento jurídico.

Portanto, na hipótese de restar mantida a infração, pede o cancelamento ou minoração das multas.

Ao final, requer:

- a) o cancelamento das exigências vinculadas às infrações 01, 04, 05 e 06;
- b)** no mínimo, sejam relevadas as multas propostas, pois agiu de acordo com a legislação e não causou prejuízo ao Erário;

c) realização de diligência e perícia contábil e fiscal.

O autuante presta informação fiscal às fls. 165 a 167.

Infração 01

Diz que o sujeito passivo atua no comércio atacadista de produtos alimentícios e que após análise dos documentos acostados à Defesa (Doc. 3), conclui que o argumento defensivo não deve ser acolhido, pois as operações de vendas realizadas para empresas de pequeno porte (mercadinhos, farmácias, padarias, delicatessen, etc.) objeto da autuação, sujeitam-se ao regime de substituição tributária, uma vez que não se encerra a fase de tributação.

Infração 04

Informa que em razão de sigilo fiscal não anexou os históricos fiscais dos contribuintes adquirentes por ocasião da ação fiscal, mas, em face da contestação, aporta aos autos dados do sistema INC da SEFAZ para comprovar que à época das operações, todas as empresas estavam cadastradas como “NORMAIS” na SEFAZ, inclusive a empresa “Clarindo Silva & Cia Ltda”, exemplo do Impugnante.

Infrações 05 e 06

Verificou todas as planilhas anexadas à Defesa e discorda dos argumentos defensivos na forma a seguir:

**Atraso na escrituração fiscal por motivo da operacionalização e escrituração adotada pela empresa.**

O argumento não procede, pois, as infrações foram apuradas em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ou seja, vendas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, e não a falta de registro de NFs de entradas. Além disso, a NF 958197 foi considerada no levantamento quantitativo de estoques no dia 07/01/2009.

Ademais, a alegação de ter registrado a entrada de mercadorias no inventário antes da escrituração no LRE não procede, pois, de acordo com o RICMS-BA, art. 330, o livro Registro de Inventário se destina a arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua identificação, as mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes na data do balanço. Assim, se as mercadorias ainda não tinham entrado no estabelecimento, não havia razão para que já tivessem sido escrituradas no Registro de Inventário de 2009.

**Mercadoria destruída pelo adquirente que não retorna**

Tal argumento não deve ser acatado, pois, ao ocorrer esta situação, quando do registro da entrada das mercadorias nos livros fiscais e arquivos magnéticos, simultaneamente, o contribuinte deveria efetuar o lançamento a título de baixa de extorque decorrente da perda, deterioração ou destruição com o CFOP 5927, com a finalidade de regularizar seu estoque.

**Mercadoria para destruição em outro estabelecimento da empresa**

Salienta que considerou todas as notas fiscais de baixa do estoque (CFOP 5927) no levantamento quantitativo e ainda assim detectou operações de saída sem emissão de documento fiscal.

Conclui mantendo o lançamento tributário.

Às fls. 208-209, consta extrato SIGAT informando pagamento de parte do auto de infração.

**VOTO**

Observo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento.

As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos contidos nos autos (fls. 05-99), cujas cópias foram entregues ao contribuinte (fls. 105-106). Elas estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator. O contribuinte exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração.

Não se inclui na competência deste órgão de julgamento administrativo a apreciação de constitucionalidade ou legalidade de norma vigente (RPAF: art. 167) e, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a competência para apreciação do pedido não é desta instância de julgamento (RPAF: art. 159).

Por considerar suficientes à formação de minha convicção os elementos contidos nos autos e pela prova dos fatos não dependerem de conhecimento especial de técnicos, com fundamento no art. 147, I, “a” e II, “a” e “b”, do RPAF, rejeito o pedido de diligência e perícia formulado.

Em face do expresso reconhecimento do valor exigido, as infrações 02 e 03 não serão apreciadas.

#### Infrações procedentes.

##### Infração 01

Trata da falta de retenção e consequente recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados na Bahia, conforme demonstrativo Anexo 01 (fls. 13-26 e CD fl. 12).

O Impugnante alega que as operações relacionadas no Anexo I não estão sujeitas ao recolhimento de ICMS por substituição tributária por serem operações com consumidores finais o que encerraria a cadeia produtiva.

Entende que as operações internas de vendas a consumidores finais lhe obrigam recolher ICMS por uma única operação de circulação. Discorda da exigência fiscal sobre a MVA ou pauta fiscal (coluna H do demonstrativo da infração) e pede o cancelamento da autuação.

Como inclusive atesta o Impugnante, se vê no demonstrativo que suporta a infração (fls. 13-16 e CD de fl. 12), que são operações de vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária a empresas tipo “restaurantes”, “sorveterias”, “padarias” e “delicatesens”, inscritas como contribuintes do ICMS da Bahia.

A sujeição passiva do contribuinte como responsável pela retenção e recolhimento de ICMS por substituição tributária relativa à operação subsequente ocorre quando este aliena mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária pela legislação estadual, sem qualquer indicação de finalidade (RICMS-BA: art. 353), cuja base de cálculo para fins de retenção deve ser feita como prevista no art. 61 do RICMS-BA.

Portanto, tendo em vista não haver protesto quanto aos cálculos do valor exigido e que a alegação defensiva não cabe na legislação à respeito, tenho o valor exigido como subsistente.

##### Infração procedente.

##### Infração 04

Essa infração se refere ao indevido uso de benefício fiscal de redução de base de cálculo nas vendas do autuado para contribuintes inscritos como “normais” no CAD-ICMS-BA, quando apenas possível para saídas destinadas a microempresas (Dec. 7.466/98).

Defendendo-se, o Impugnante alegou que, possuindo sistema de informática para tanto, confronta as informações cadastrais das pessoas com as quais negocia na Receita Federal e que os adquirentes identificados na infração se enquadram como micro e pequena empresa, inclusive atualmente, conforme documentação que por amostragem acosta à defesa (Doc. 04 – CD, fl. 56),

citando, como exemplo, a empresa “Clarindo Silva & Cia Ltda – EPP”, CNPJ 14.738.504/0001-18, IE 002.205.209.

Portanto, aliás, como atesta o próprio Impugnante, mais que de direito, o caso se cinge a uma questão de fato, qual seja, prova da condição cadastral dos adquirentes das mercadorias vendidas pelo autuado, cujas operações estão arroladas no Anexo IV (fls. 37-41 e CD de fl. 12).

Assim, tratando-se de tributo de exclusiva competência estadual, a condição dos destinatários das operações deve ser vista no Cadastro de Contribuintes da Bahia que, conforme atestam os extratos de fls. 170-195 dos autos, de fato, à época das operações possuíam a condição cadastral de contribuinte “normal” do ICMS (inclusive a empresa “Clarindo Silva & Cia Ltda”, fl. 169, exemplo do Impugnante), o que impossibilita a redução da base de cálculo aplicada pelo autuado.

Tendo em vista a obrigação acessória de verificação da condição cadastral do adquirente de sua mercadoria (RICMS-BA: art. 142, I) - ademais quando o próprio Impugnante afirma ter sistema próprio para tanto -, e considerando que o aporte posterior dos extratos INC não prejudica a defesa do autuado, já que a legislação lhe obriga a conhecer a condição cadastral do adquirente no momento da realização da operação, concluo pela subsistência do valor exigido.

Infração procedente.

As infrações 05 e 06 tratam de exigência de ICMS decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado (2009), sendo a 05 relativa ao imposto das operações próprias e a 06 relativa às operações subsequentes.

O impugnante as contesta conjuntamente.

Examinando os papéis de trabalho às fls. 42 a 63 e CD fl.12, observo que o levantamento que resultou na autuação 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 no trabalho. O levantamento fiscal se baseia nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saídas, no Registro de Inventário, informações contidas nos arquivos magnéticos (SINTEGRA) e o imposto foi exigido 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 do levantamento e/ou apresentação de demonstrativo contestatório evidenciando e justificando as diferenças contestadas.

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 correspondentes livros e documentos fiscais, conforme o próprio Impugnante atesta. Impugnou o levantamento quantitativo apontando os seguintes equívocos: transferência de mercadorias em trânsito entre estabelecimentos; mercadorias destruídas pelo adquirente que não retornam ao estabelecimento; e remessa de mercadorias para destruição, ocorrências que diz não terem sido consideradas no trabalho fiscal.

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 04/01/2010 (seu exemplo), já tinha sido registrada no inventário, mas, como a mercadoria estava em trânsito entre estabelecimentos, embora já tivessem sido

registradas no inventário inicial de 2009, apurou-se diferença. Assim, diz que quando as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento as notas fiscais foram novamente emitidas e escrituradas.

Não merece acolhimento o argumento defensivo, tendo em vista que no Registro de Inventário devem 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 64 a 99 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 2008 e 2009.

#### **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, até porque os registros com tal CFOP, quando existentes, foram considerados no levantamento fiscal.

#### **Remessa para destruição.**

A alegação defensiva é de não possuir autonomia e logística para realizar a destruição de mercadorias avariadas, estragadas, etc., e por isso, as remete para serem destruídas em outro seu estabelecimento, 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, tal 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 avariadas e aumentaria as omissões de saídas apuradas.

Ressalto que o procedimento adotado pelo estabelecimento nas três situações acima comentadas, vai de encontro à 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, poderá-se adotar regime especial que concilie os interesses do fisco com os do contribuinte. Via de regra, o regime especial, dentre outras providências, 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. Portanto, tenho os valores exigidos como subsistentes.

Infrações 05 e 06, procedentes.

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

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293872.0002/13-9**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$224.755,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$178.963,48 e de 70% sobre R\$45.791,52, previstas no artigo 42, II, “a”, “e” e “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor de R\$158.051,06, comprovadamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2014.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

ÀLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA