

A. I. Nº - 207101.0003/14-2  
AUTUADO - DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05.04.2016

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0045-05/16

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES.** a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. O impugnante não trouxe qualquer comprovação do quanto alegado, acerca das justificativas feitas para as diferenças apontadas no estoque. Infrações 1 e 9 procedentes. b) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS NÃO MAIS EM ESTOQUE. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. FALTA DE RETENÇÃO. Quanto aos itens lançados por substituição tributária nada foi provado quanto aos fatos descritos e demonstrados nas infrações, permanece a consistência do levantamento quantitativo de estoque de mercadorias. Infrações 2 e 10 procedentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO A OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQÜENTES. Comprovado, nos autos, que trata-se de iogurtes, pelo que as mercadorias objeto das operações estão enquadradas no regime de substituição tributária. Infrações 8 e 15 procedentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2014 para exigir ICMS no valor total de R\$420.232,52 em decorrência de 15 infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercício de 2009. ICMS no valor de R\$95.629,66, acrescido da multa de 70%.

Infração 02. Falta de retenção e 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, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercício fechado de 2009. ICMS no valor de R\$1.218,94, acrescido da multa no percentual de 60%.

Infração 03. Recolheu a menos o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo previsto no Dec. Atacadista 7.799, nas saídas para contribuintes desabilitados, com as inscrições baixadas ou inaptas. ICMS no valor de R\$4.146,36, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Recolheu a menos o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo previsto no Dec. Atacadista 7.799, nas saídas para não contribuintes. ICMS no valor de R\$619,48, acrescido da multa de 60%.

Infração 05. Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Contribuintes inscritos no

cadastro do ICMS como regime normal, sendo utilizado indevidamente o benefício do Dec. 7.466/96. ICMS no valor de R\$3.865,72, acrescido da multa de 60%.

Infração 06. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas para Contribuintes com regime simplificado, concedendo desconto inferior ao disposto no Dec. 7.466/98, desabilitados, baixados ou inaptos, utilizando indevidamente benefício do Dec. 7.466/98. ICMS no valor de R\$569,03, acrescido da multa no percentual de 60%.

Infração 07. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas para Contribuintes do regime simplificado, utilizando indevidamente benefício do Dec. 7.466/98, concedendo desconto inferior ao determinado no parágrafo. ICMS no valor de R\$22.237,68, acrescido da multa no percentual de 60%.

Infração 08. Deixou de proceder à retenção e, por conseguinte, recolher o ICMS devido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de mercadorias enquadradas no Anexo 88 no período de 01/01/2009 a 31/12/2009. ICMS no valor de R\$5.350,58, acrescido de multa de 60%.

Infração 09. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercício de 2010. ICMS no valor de R\$223.622,55, acrescido da multa de 100%.

Infração 10. Falta de retenção e 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, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Exercício fechado de 2010. ICMS no valor de R\$10.066,33, acrescido da multa no percentual de 60%.

Infração 11. Recolheu a menos o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo previsto no Dec. Atacadista 7.799, nas saídas para contribuintes desabilitados, com as inscrições baixadas ou inaptas. ICMS no valor de R\$4.625,90, acrescido da multa de 60%.

Infração 12. Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas para contribuintes inscritos no cadastro do ICMS como regime normal, sendo utilizado indevidamente o benefício do Dec. 7.466/96. Exercício de 2010. ICMS no valor de R\$1.914,53, acrescido da multa de 60%.

Infração 13. Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas para contribuintes desabilitados, com inscrições baixadas ou inaptas, sendo utilizado indevidamente o benefício do Dec. 7.466/98. Exercício de 2010. ICMS no valor de R\$938,50, acrescido da multa de 60%.

Infração 14. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas para Contribuintes do regime simplificado, utilizando indevidamente benefício do Dec. 7.466/98, concedendo desconto inferior ao determinado no art. 51, parágrafo 1º, II, do RICMS. Exercício de 2010. ICMS no valor de R\$14.268,19, acrescido da multa no percentual de 60%.

Infração 15. Deixou de proceder à retenção e, por conseguinte, recolher o ICMS devido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de mercadorias enquadradas no Anexo 88. Exercício de 2010. ICMS no valor de R\$31.159,07, acrescido da multa de 60%.

Apresentada impugnação às fls. 550/64 desde já, a Impugnante informa que realizará o pagamento dos débitos e respectivos consectários legais, relativos aos itens 3, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 14.

Os demais itens da autuação, objeto da presente Impugnação, estão abaixo descritos:

- Item 1- Falta de recolhimento do ICMS apurado em levantamento quantitativo (2009);
- Item 2- Falta de recolhimento do ICMS-ST apurado em levantamento quantitativo (2009);
- Item 8- Falta de recolhimento do ICMS-ST relativo a mercadorias sujeitas a este regime (2009);
- Item 9- Falta de recolhimento do ICMS apurado em levantamento quantitativo (2010);
- Item 10- Falta de recolhimento do ICMS-ST apurado em levantamento quantitativo (2010);
- Item 15- Falta de recolhimento do ICMS-ST relativo a mercadorias sujeitas a este regime (2010);

Levantamento Quantitativo – Itens 1, 2, 9 e 10.

Aduz que a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração com base em levantamento físico das mercadorias constantes do estoque da Impugnante, registrados em seus arquivos eletrônicos. De acordo com o levantamento feito pelas Autoridades Fiscais, foi constatado que a Impugnante teria omitido saída de produtos durante os períodos de 2009 e 2010.

Que em termos contábeis, o resultado dessa operação deveria ser igual a zero. Ou seja, o valor do estoque inicial, somadas as entradas e subtraídas as saídas, deve ser igual ao valor do estoque final. Como para os produtos autuados o valor dessa conta foi superior a zero, a Fiscalização entendeu que as entradas de mercadorias registradas nos arquivos da empresa eram superiores às suas saídas e, neste sentido, presumiu que a Impugnante teria promovido saída de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Para melhor compreensão da autuação, elaboramos duas planilhas exemplificativas, utilizando dois produtos: (i) CHANDELLE BEIJINHO 20X220G (Código 12055528); (ii) BLISS B LACTEA LIQ. MRG. 10X900G. (12054642), com base nos números apontados pela própria Fiscalização:

(i) CHANDELLE BEIJINHO 20X220G (Código 12055528)							
Estoque Inicial em 31.12.2008	+	Entradas	-	Saídas	-	Estoque Final em 31.12.2009	Diferença Apurada
320		18.414		16.540		520	1.674

(ii) BLISS B LACTEA LIQ. MRG. 10X900G. (12054642)							
Estoque Inicial em 31.12.2009	+	Entradas	-	Saídas	-	Estoque Final em 31.12.2010	Diferença Apurada
1.989		21.764		20.684		20	3.049

De acordo com as planilhas acima, segundo a Fiscalização, a Impugnante teria registrado, em sua documentação fiscal, um número maior de entrada de mercadorias do que o número de saídas e, por isso, a Fiscalização considerou que essas diferenças de 1.674 e 3.049 unidades representam a saída de produtos sem a emissão das respectivas notas fiscais.

Tendo em vista a grande quantidade de produtos que foi objeto do levantamento fiscal, a grande quantidade de documentos fiscais e o fato de que a origem das diferenças apuradas pela Fiscalização é praticamente a mesma para todos os produtos, a desconstituição total do lançamento poderá ser feita utilizando o mesmo raciocínio utilizado para dois produtos eleitos como exemplo: (i) CHANDELLE BEIJINHO 20X220G (Código 12055528); (ii) BLISS B LÁCTEA LIQ. MRG. 10X900G (12054642).

Que a primeira parte das diferenças apuradas pela Fiscalização reside no fato de que o levantamento fiscal, baseado no confronto das mercadorias registradas no inventário com as mercadorias registradas nos arquivos magnéticos de entrada e saída, acabaram por não considerar que algumas mercadorias estavam em trânsito em 31.12.2008, 31.12.2009 e 31.12.2010.

Explicando melhor, nas datas de 31.12.2008, 31.12.2009 e 31.12.2010, momentos em que foram apurados o estoque inicial e final pela Fiscalização, havia mercadorias que estavam em trânsito, e, por isso, a sua entrada no estabelecimento de destino (ora autuado), em 31.12.2008, 31.12.2009 e 31.12.2010, já tinha sido registrada no inventário, mas, como a mercadoria estava em trânsito, não houve lançamento nos registros magnéticos de entrada da Impugnante no mesmo período.

Toda vez que a Impugnante 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. No estabelecimento de destino, efetua o lançamento somente no inventário, para o registro das novas mercadorias neste estabelecimento de destino.

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.

No presente caso, temos justamente a situação em que 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.

Neste sentido, quando as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento de destino (ora autuado), foram escrituradas as respectivas notas fiscais de entrada. Ocorre que isso só ocorreu no período posterior, ou seja, em relação às mercadorias em trânsito em 31.12.2008, o registro no inventário ocorreu em 2008 e o registro no livro de entradas ocorreu em 2009.

Em relação às mercadorias em trânsito em 31.12.2009, o registro no inventário ocorreu em 2009, mas o registro no Livro de Entradas ocorreu somente em 2010, e, o mesmo ocorreu em relação às mercadorias em trânsito em 31.12.2010, o registro no inventário ocorreu em 2010, mas o registro no Livro de Entradas ocorreu somente em 2011.

Contudo, estas mercadorias que estavam em trânsito em 31.12.2008, 31.12.2009 e 31.12.2010, que não foram registradas no livro fiscal de entradas em 2008, 2009 e 2010, mas foram registradas no inventário de 2008, 2009 e 2010, são exatamente as mesmas mercadorias que entraram no estabelecimento no período de 2009, 2010 e 2011.

Utilizando de exemplo genérico o produto (i) CHANDELLE BEIJINHO 20X220G, temos que em 31.12.2008, momento em que foi apurado o estoque inicial da Impugnante, havia um total de 160 unidades do produto em questão, que já tinham sido registradas no inventário da empresa, mas, como as mercadorias estavam em trânsito, e não tinha havido a entrada física no estabelecimento de destino, não foi feito o respectivo lançamento no registro magnético de entrada.

O mesmo ocorreu em relação ao estoque final apurado em 31.12.2009. Quando da apuração do estoque final pela Fiscalização, havia um total de 320 unidades do produto em questão em trânsito, que já haviam sido registradas no inventário da empresa, mas, como as mercadorias estavam em trânsito, e não tinha havido a entrada física no estabelecimento de destino, não foi feito o respectivo lançamento no registro magnético de entrada.

O produto (ii) BLISS B LACTEA LIQ. MRG. 10X900G, é outro exemplo do acima exposto. Neste caso, em 31.12.2009, momento em que foi apurado o estoque inicial da Impugnante, havia um total de 1.500 unidades do produto em questão, que já tinham sido registradas no inventário da Impugnante (estabelecimento de destino), mas, como as mercadorias estavam em trânsito, e não tinha havido a sua entrada física no seu estabelecimento de destino, não foi feito o respectivo lançamento no registro magnético de entrada.

Como se vê, as diferenças em questão referem-se somente a produtos que foram escriturados no inventário, mas, que por estarem em trânsito nas datas acima referidas, não foram lançados nos registros de entrada no mesmo período que foram registrados no inventário.

Em razão disso, com relação ao produto CHANDELLE BEIJINHO 20X220G, deveria esta d. Fiscalização, em seu levantamento fiscal, ter excluído do estoque inicial, apurado em 31.12.2008, estas 160 unidades do produto que estavam em trânsito e só entraram no estabelecimento da Impugnante em 2009, bem como, deveria ter excluído do estoque final 320 unidades do produto.

Com relação ao produto BLISS B LACTEA LIQ. MRG. 10X900G, deveria esta d. Fiscalização, em seu levantamento fiscal, ter excluído do estoque inicial, apurado em 31.12.2009 estas 1.500 unidades do produto que estavam em trânsito e só entraram no estabelecimento da Impugnante em 2010.

Ao fazermos a recomposição do levantamento fiscal, levando em consideração somente estas diferenças de mercadorias em trânsito para estes dois produtos, teríamos as seguintes diferenças apuradas:

(i) CHANDELLE BEIJINHO 20X220G (Código 12055528)							
Estoque Inicial em 31.12.2008	+	Entradas	-	Saídas	-	Estoque Final em 31.12.2009	Diferença Apurada
320 – 160 = 160		18.414		16.540		520-320 = 200	1.834

(ii) BLISS B LACTEA LIQ. MRG. 10X900G. (12054642)							
Estoque Inicial em 31.12.2009	+	Entradas	-	Saídas	-	Estoque Final em 31.12.2010	Diferença Apurada
1.989 – 1.500 = 489		21.764		20.684		20	1.549

A Impugnante junta a presente defesa, planilha identificando as notas fiscais que se referem às mercadorias que estavam em trânsito para cada um dos produtos objeto do Levantamento Fiscal, demonstrando a composição das diferenças em questão (doc. 03).

Com alguns dos seus clientes, a Impugnante possui acordo em que se obriga a ressarcir-los, caso a mercadoria vendida possua qualquer tipo de problema. Este ressarcimento pode ser feito em dinheiro ou em entrega de novas mercadorias, para repor as mercadorias anteriormente vendidas com algum tipo de problema.

Nestes casos, para que os seus clientes tenham direito ao ressarcimento acima mencionado, é necessário que destruam a mercadoria avariada na presença da Impugnante. 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 da Impugnante.

Tal nota fiscal só é utilizada para registrar a operação em questão. Contudo, como a mercadoria é imediatamente destruída pelo seu cliente e não retorna ao estabelecimento da Impugnante, a mercadoria não é registrada em seu estoque.

Ou seja, a Impugnante 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 Impugnante.

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 Impugnante teria mais mercadorias entradas em seu estabelecimento do que efetivamente ocorreu na realidade.

Neste sentido, deveria este Fisco, quando da realização do levantamento fiscal, desconsiderar a entrada destas mercadorias no estabelecimento da Impugnante.

Mais uma vez, utilizando de exemplo o produto CHANDELLE BEIJINHO 20X220G, no período objeto do levantamento fiscal, foram devolvidas 1.834 unidades do produto, que não retornaram

ao estabelecimento da Impugnante porque foram antes destruídas por seus clientes, exatamente nos termos acima expostos.

No caso do produto exemplificativo BLISS B LACTEA LIQ. MRG. 10X900G, foram devolvidas 1.487 unidades do produto, que não retornaram ao estabelecimento da Impugnante.

Ressalte-se, por fim, que quando as mercadorias foram devolvidas pelos clientes da Impugnante, como houve a sua destruição imediata, não houve apropriação do crédito pelo retorno da mercadoria em questão, ou seja, não se obteve qualquer tipo de vantagem fiscal.

A Impugnante junta a presente defesa, planilha identificando todas as notas fiscais que se referem às mercadorias em questão, demonstrando, assim, a composição das diferenças em questão. Tendo em vista que estas planilhas são realmente muito grandes, requer a sua juntada no CD anexo.

Além disso, junta à Impugnação planilha com a demonstração da recomposição do levantamento fiscal para cada um dos produtos autuados (doc. 04). Elaboramos a planilha abaixo com a recomposição do levantamento fiscal levando-se em consideração as duas diferenças acima mencionada:

(i) CHANDELLE BEIJINHO 20X220G (Código 12055528)							
Estoque Inicial em 31.12.2008		Entradas		Saídas		Estoque Final em 31.12.2009	Diferença Apurada
160	+	18.414 – 1.834 = 16.580	-	16.540	-	200	0

(ii) BLISS B LACTEA LIQ. MRG. 10X900G. (12054642)							
Estoque Inicial em 31.12.2009	+	Entradas	-	Saídas	-	Estoque Final em 31.12.2010	Diferença Apurada
489		21.764 – 1.487 = 20.277		20.684		20	62

Conforme se depreende das planilhas acima, a Impugnante demonstra a origem de praticamente todas as diferenças apuradas pela Fiscalização.

Todas as diferenças apuradas pela Fiscalização, em relação à movimentação de todos os produtos, objeto da presente autuação, têm origem nos mesmos motivos acima mencionados.

Neste sentido, tendo em vista a grande quantidade de produtos que fizeram parte das apurações no levantamento fiscal, a complexidade e a dificuldade da demonstração da origem das diferenças em relação a todos os produtos, se faz imperiosa a conversão do presente feito em diligência, nos termos do art. 123, §3º, do Decreto nº 7.629/99, para que as autoridades fiscais apurem a origem das diferenças autuadas, levando em conta os pontos mencionados na presente Impugnação.

Dos itens 8 e 15 da autuação. Conforme se depreende da leitura do Auto de Infração, a Fiscalização entendeu que a Impugnante não teria recolhido o ICMS-ST sobre produtos classificados como iogurte, que, conforme dispõe o art. 353, II, 3.3, do RICMS/BA (Decreto 6.284/97) sujeitam-se a este regime.

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

(...)

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

(...)

*3 - bebidas não alcoólicas, a saber:*

(...)

3.3 - iogurtes NCM 0403.10.00;

Destacamos abaixo, pequeno trecho exemplificativo da descrição dos produtos autuados, constante da planilha elaborada pela Fiscalização:

Ocorre, contudo, que a descrição dos produtos autuados pela Fiscalização foi gerada de forma equivocada nos arquivos magnéticos da Impugnante em razão de uma falha em seu sistema, ou seja, tais produtos não possuem a descrição acima detalhada e não são classificados como iogurtes, mas, como leite fermentado que não se sujeita ao regime de ICMS-ST.

Para comprovar que tais produtos possuem outra descrição, que são classificados como leite fermentado, e que houve falha na geração da informação em seus arquivos magnéticos, a Impugnante protesta pela posterior juntada das notas fiscais objeto do auto de infração.

Neste sentido, ficando demonstrado que tais produtos não se sujeitam ao regime de ICMS-ST, requer seja cancelada a cobrança ora combatida.

Por todo o exposto, requer seja cancelado o auto de infração ora impugnado, extinguindo-se o respectivo crédito tributário e os consectários legais.

Caso assim não se entenda, 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 mencionadas na presente Impugnação Administrativa. Requer, ainda, seja, oportunamente, intimada para a realização de sustentação oral, nos termos do Art. 163, do Decreto 7.629/99.

Protesta pela posterior juntada dos documentos fiscais mencionados na presente Impugnação Administrativa, bem como de documentação complementar. Por fim, requer que, em todos os casos, as intimações relativas a esse 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.

Informação fiscal fls. 663/73, salienta que todas as alegações da autuada não procedem pois a AUDITORIA DE ESTOQUE - Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias foi elaborado tomando-se como base os valores dos estoques iniciais e finais escriturados nos livros Registro de Inventários e os valores das entradas e das saídas das mercadorias selecionadas nos períodos fiscalizados devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas e no livro Registro de Saídas.

A INFRAÇÃO 01 apurada no Exercício de 2009 foi OMISSÃO DE SAÍDAS, tudo devidamente comprovado pelos DEMONSTRATIVOS anexados ao Auto de Infração (folhas 55 a 92) do PAF, como também pelas cópias dos livros Registro de Inventários contendo os estoques finais em data de 31 de Dezembro de 2008 e 31 de Dezembro de 2009 (folhas 296 a 315) do PAF.

A INFRAÇÃO 09 apurada no Exercício de 2010 foi OMISSÃO DE SAÍDAS, tudo devidamente comprovado pelos DEMONSTRATIVOS anexados ao Auto de Infração (folhas 187 a 222) do PAF, como também pelas cópias dos livros Registro de Inventário, contendo os estoques finais em data de 31 de Dezembro de 2009 e 31 de Dezembro de 2010 (folhas 304 a 319) do PAF.

Que quanto às alegações da autuada de que não foram considerados que algumas mercadorias selecionadas para a Auditoria de Estoque tinham unidades em trânsito em data de 31 de Dezembro de 2008, 31 de Dezembro de 2009 e 31 de Dezembro de 2010, temos o seguinte a esclarecer:

a) às folhas 605 e 606 do PAF o contribuinte anexou uma planilha com o título de Trânsito de 2008 para 2009 - Infração 01 e nas folhas 607 a 611 a planilha com o título de - Trânsito de 2009 para 2010 - INFRAÇÃO 01;

- Destas planilhas selecionamos seis produtos por amostragem para verificar a veracidade das alegações da autuada, conforme discriminado abaixo:

PROD. CÓDIGO - TRÂNSITO 2008/2009 - L.REG.INVENTÁRIO 2008

12054641	9.984 UNID	1.143 UNID
411710	4.704 UNID	571 UNID
413567	14.212 UNID	1.574 UNID
415595	560 UNID	347 UNID
416335	32.832 UNID	524 UNID
416336	4.712 UNID	411 UNID

PROD. CÓDIGO - TRÂNSITO 2009/2010 - L.REG.INVENTÁRIO 2009

12054641	0 UNID	1.909 UNID
411710	19.363 UNID	854 UNID
413567	0 UNID	13 UNID
415595	4.160 UNID	4.653 UNID
416335	6.840 UNID	9.334 UNID
416336	2.660 UNID	4.443 UNID

Que comparando os números apresentados pelo contribuinte nas planilhas (folhas 605 a 611 do PAF) dos produtos selecionados para amostragem com os números registrados nos livros Registro de Inventário como (ESTOQUES EM PODER DE TERCEIROS - folhas 299, 300, 301, 308, 309, 315, 318 e 319 do PAF) nos Exercícios de 2008 e 2009 constata diferenças gritantes entre as quantidades dos produtos discriminadas nas Planilhas apresentadas pela autuada e as quantidades registradas nos livros Registro de Inventário.

Que por exemplo do produto Código 416335 que tem 524 unidades registradas no livro Registro de Inventário do exercício de 2008 e tem discriminado na planilha-Trânsito 2008/2009-Infração 01, 32.832 Unidades, e, este mesmo produto tem 9.334 unidades registradas no seu livro Registro de Inventário exercício de 2009 e 6.840 unidades discriminadas na sua Planilha - Trânsito 2009/2010 - Infração 01.

Desta forma, chega a conclusão que o contribuinte montou estas planilhas de acordo com suas necessidades para tentar justificar as suas alegações de que não houve a OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS, apurada na AUDITORIA DE ESTOQUE e devidamente comprovada com todos os demonstrativos gerados (folhas 55 a 92) e com a cópia dos livros de Inventário contendo os estoques existentes em data de 31 de Dezembro de 2008 e 31 de Dezembro de 2009 (folhas 296 a 315).

Que analisando os números acima discriminados conclui não serem verdadeiras as alegações da autuada referente à INFRAÇÃO 01 de que a empresa registra no seu estoque no exercício as notas fiscais de transferência emitidas por empresa do mesmo grupo nos últimos dias do exercício fiscal e que o registro na sua escrita fiscal ocorre apenas nos primeiros dias do exercício fiscal seguinte, pois como os Senhores podem comprovar nos seis produtos selecionados que as quantidades dos produtos registrados no livro de Inventário a título de Estoque em poder de terceiros nos exercícios de 2008 e 2009 não são as mesmas quantidades discriminadas nas planilhas apresentada pelo contribuinte na Defesa. Salienta ainda que as planilhas deveriam ter sido acompanhadas de documentos que comprovassem a sua veracidade, e não da maneira simplista que foi apresentada.

Referente à Infração 02 do PAF, toma como exemplo o produto código 411710 que teve registrado no seu livro Registro de Inventário no Exercício de 2008, 571 unidades e discriminado 4.704 unidades na Planilha Trânsito de 2008 para 2009-Infração 02; no Exercício de 2009 teve registrado no seu Livro de Inventário 854 unidades e 19.936 unidades na Planilha Trânsito 2009 para 2010-Infração 02 (folhas 613 e 614) do PAF.



As divergências gritantes entre as quantidades registrados nos livros Registro de Inventário e as discriminadas nas Planilhas, são provas suficientes para demonstrar não serem verdadeiras as alegações da autuada.

Referente à INFRAÇÃO 09 o contribuinte anexou as folhas (616 a 633 do PAF) planilhas com o Título de Trânsito de 2009 para 2010-Infração 09 e Trânsito de 2010 para 2011-Infração 09 e selecionou 06 produtos para análise:

PROD. CÓDIGO - TRÂNSITO 2009/2010 -	L.REG.INVENTÁRIO 2009
12023063 30.780 UNID	4.865 UNID.
12032825 56.832 UNID	2.203 UNID.
12054649 25.344 UNID	2.650 UNID.
413530 19.840 UNID	1.406 UNID.
414255 11.040 UNID	1.905 UNID.
415598 11.264 UNID	912 UNID.
PROD.CÓDIGO – TRÂNSITO 2010/2011 -	L.REG.INVENTÁRIO 2010
12023063 19.890 UNID	0 UNID.
12032825 16.320 UNID	0 UNID.
12054649 8.640 UNID	0 UNID.
413530 600 UNID	0 UNID.
414255 3.840 UNID	0 UNID.
415598 3.366 UNID	0 UNID.

FLS. 669

Novamente comparando os números apresentados pelo contribuinte nas planilhas folhas ( 616 a 633 do PAF) dos produtos selecionados para amostragem com os números registrados nos livros Registro de Inventário como (ESTOQUE PRÓPRIO EM PODER DE TERCEIROS -folhas 309, 310, 311, 314, 315 e 319 do PAF) nos Exercícios de 2009, e 2010 constata a total disparidade entre as quantidades discriminadas nas Planilhas com as quantidades registradas no livro Registro de Inventário.

Que chama muito a atenção o produto código 12032825 que tem discriminado na planilha Trânsito 2009/2010 56.832 unidades e somente 2.203 unidades registradas no livro Registro Inventário 2009. Referente ao Exercício de 2010, são ainda mais gritante as diferenças, pois os 06 (seis) produtos selecionados para a amostragem não apresentam estoque em data de 31 de Dezembro de 2010 no livro Registro de Inventário.

Desta forma, o contribuinte montou estas Planilhas de acordo com suas necessidades para tentar justificar as suas alegações de que não houve a OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS, apurada na AUDITORIA DE ESTOQUE-INFRAÇÃO 09-EXERCÍCIO DE 2010 e devidamente comprovada com todos os Demonstrativos gerados (folhas 187 A 222) e com a cópia dos Livros de Inventário contendo os estoques existentes em data de 31 de Dezembro de 2009 e 31 de Dezembro de 2010 (folhas 304 A 319 do PAF). Mais uma vez chama a atenção de que as planilhas deveriam ter sido acompanhadas de Provas Documentais.

Referente à Infração 10 do PAF, toma apenas como exemplo o produto código 411400 que teve registrado no seu livro Registro de Inventário no Exercício de 2009 1204 unidades e discriminado 16.320 unidades na Planilha Trânsito de 2009 para 2010-Infração 10; o produto não teve estoque em data de 31 de dezembro de 2010 no livro Registro de Inventário, porém teve discriminado 9.840 unidades na planilha Trânsito 2010 para 2011- Infração 10 (folhas 623 e 624) do PAF.

Assim diante das divergências absurdas entre as quantidades do produto registrados nos livros Registro de Inventário e as quantidades discriminadas nas planilhas, afirmamos não serem verdadeiras as alegações da autuada, pois novamente estas planilhas não se fizeram acompanhar dos Documentos Comprobatórios.

No item II.1.b.2. "MERCADORIA DESTRUIDA PELO ADQUIRENTE QUE NÃO RETORNA" da defesa-(folhas 557) do PAF a autuada faz ainda considerações referente as infrações 01, 02, 09 e 10 do PAF.

Todas as alegações da autuada são totalmente descabidas, pois o RICMS nos seus Artigos: 362, Incisos I, II e III, Artigo 368, Incisos I, II, III e alíneas “a” e “b” e ainda o Artigo 652, Parágrafo Primeiro, Inciso I, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, determinam o procedimento a ser adotado nas DEVOLUÇÕES de Mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação e Substituição Tributária, tanto pela empresa Adquirente que emite a Nota Fiscal de Devolução, como pela empresa que emitiu a Nota Fiscal de saídas das referidas mercadorias, tanto para o RESSARCIMENTO do valor do ICMS RETIDO para a empresa adquirente, como o procedimento a ser adotado pela empresa emissora na sua escrita fiscal.

Desta forma, a alegação da autuada que escriturou as referidas Notas Fiscais de Devolução na sua escrita fiscal e nos Arquivos Magnéticos apenas para registrar a operação, sem, contudo registrar no seu estoque é totalmente descabida. Que a Auditoria de Estoque foi elaborada em total obediência ao Determinado no RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e na Portaria 445/98, sendo, portanto não merecedora de qualquer crédito a alegação da autuada de que o Fisco deveria desconsiderar a entrada destas mercadorias no Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias, pois estas alegações vieram desacompanhadas de Provas Documentais.

Quanto à alegação da autuada que juntou à sua defesa (Documento 4 – folhas 625 a 635) com Demonstrativos da Recomposição do Levantamento Fiscal para cada um dos produtos autuados, e juntou também um CD contendo “Planilha Identificando as notas fiscais que se referem às mercadorias em questão, em razão de serem muito grande”, não merece crédito, pois fazendo uma análise do conteúdo dos “Demonstrativos” e do CD, não constatamos qualquer elemento que comprove sua veracidade, pois estes Demonstrativos não foram acompanhados dos Documentos Comprobatórios.

Como os Senhores podem comprovar, apesar da autuada usar de dois expedientes: “Mercadorias em Trânsito” e “Mercadoria Destruída pelo Adquirente que Não Retorna”, sem qualquer COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL, mesmo assim ainda foi apurado pela própria autuada OMISSÃO DE SAÍDAS, nas Infrações 01, 02, 09 e 10 do PAF.

Desta forma, referente ao Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias-Auditoria de Estoque, Infrações 01, 02, 09 e 10, comprovamos que as alegações da autuada em todo o decorrer da defesa são totalmente inconsistentes.

A autuada solicita no Item III 1.d - Referente as Infrações 01, 02, 09 e 10 do PAF a Conversão do Feito em Diligência para Recomposição do Levantamento Fiscal. A autuada não cumpriu também o disposto no Artigo 145 do RPAF, pois não juntou a sua defesa provas Documentais que justificasse a solicitação. O Artigo 143 do RPAF, diz que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da legitimidade da autuação fiscal.

A defendente faz considerações sobre AS INFRAÇÕES 8 e 15. Esclarece que a AUDITORIA DA ANTECIPAÇÃO E SUSBTIUIÇÃO TRIBUTÁRIA nos exercícios de 2009 - INFRAÇÃO 08 (folhas 176 a 185 do PAF) e 2010- INFRAÇÃO 15 (folhas 281 a 294 do PAF) foi efetuada com o maior critério, tanto que foram selecionados apenas os produtos classificados na NCM 04031000 e enquadradas no ANEXO 88 como IOGURTE como comprova o Registro 75 do Arquivo SINTEGRA abaixo discriminado referente aos Exercícios de 2009 e 2010.

Desta forma, as alegações da autuada de que houve problemas no registro do seu arquivo magnético e que os produtos objetos das Infrações 08 e 15 não são classificados como iogurte e sim como leite fermentado são completamente absurdas e inconsistentes, pois a Auditoria da Antecipação e Substituição Tributária foi aplicada em total obediência ao disposto no Artigo 353 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Senhores Julgadores, a autuada mais uma vez não juntou qualquer prova Documental de suas alegações.

A autuada solicita diligência referente às Infrações 01, 02, 09 e 10 do PAF, porém não cumpre o que determina o Artigo 145 do RPAF, pois não juntou à sua defesa os Documentos probatórios que justificasse a solicitação. Referente às Infrações 08 e 15 do PAF, a autuada também não juntou

qualquer prova Documental de suas alegações. Como prevê o Artigo 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da legitimidade da Autuação Fiscal.

Assim, diante do exposto, e, na certeza do dever cumprido na defesa dos interesses da Fazenda Pública Estadual, solicitamos deste Douto Conselho, a MANUTENÇÃO, na sua totalidade, do presente Auto de Infração.

## VOTO

Trata-se de lançamento tributário em que a impugnante reconhece parcialmente o lançamento do imposto nas infrações 3, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13 e 14, contestando apenas os itens 1, 2, 8, 9, 10 e 15. Solicita diligência para apuração da verdade material, contudo não trouxe evidências de que haja erro nos demonstrativos da autuante, conforme veremos a seguir. Denego o pedido de diligência.

Os itens 1, 2, 9 e 10 decorrem de levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 2009 e 2010. O impugnante apresentou os seguintes argumentos quanto a estes itens:

*“Que toda vez que a Impugnante 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. No estabelecimento de destino, efetua o lançamento somente no inventário, para o registro das novas mercadorias neste estabelecimento de destino. 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. No presente caso, temos justamente a situação em que 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.*

A prática de transferir pro estoque mercadorias em trânsito antes da entrada física e do registro dos documentos fiscais contraria as mais básicas normas de contabilidade, visto a possibilidade de inúmeros fatos poderem ocorrer antes da entrega – perecimento da mercadoria, furto, diferenças de quantidades, diferenças entre a mercadoria pedida e a entregue, podendo no caso sequer ser recebida, mas até devolvida de imediato.

Não foram apresentados os documentos fiscais, mas tão somente uma lista dos documentos. Embora tais práticas, embora fora das normas contábeis, pelo princípio da verdade material, poderiam até serem aceitas, desde que comprovado que efetivamente a quantidade de mercadorias identificadas como saídas sem documentos fiscais estivessem exatamente no quantitativo das notas fiscais lançadas. No entanto, o impugnante não trouxe nenhum cálculo que demonstrasse a coincidência de itens levantados na auditoria de estoques e aqueles que possivelmente teriam sido lançados nos primeiros dias do ano subsequente.

Por outro lado, a autuante analisando a lista da fl. 605 identificou quantidades de mercadorias pretensamente em trânsito completamente distorcidas das quantidades encontradas no levantamento de estoque, a exemplo do produto cod. 12054641:

PROD. CÓDIGO - TRÂNSITO 2008/2009 - L.REG.INVENTÁRIO 2008

12054641	9.984 UNID	1.143 UNID
----------	------------	------------

PROD.CÓDIGO – TRÂNSITO 2009/2010 - L.REG.INVENTÁRIO 2009

12054641	0 UNID	1.909 UNID
----------	--------	------------

Por sua vez a planilha apresentada pelo impugnante é desprovida de validade, visto que o correto é a partir da planilha da autuante apresentar os erros. Assim, é que no produto acima citado, o impugnante deveria comprovar que as diferenças em trânsito correspondem à quantidade acusada como saídas sem documentos fiscais e isso não foi feito.

Além disso, **atribuiu as diferenças**, é que para que os seus clientes tenham direito ao ressarcimento acima mencionado, é necessário que destruam a mercadoria avariada na presença da Impugnante. 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 da Impugnante. Tal nota fiscal só é utilizada para registrar a operação em questão. Contudo, como a mercadoria é imediatamente destruída pelo seu cliente e não retorna ao estabelecimento da Impugnante, a mercadoria não é registrada em seu estoque.

Justifica 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 Impugnante teria mais mercadorias entradas em seu estabelecimento do que efetivamente ocorreu na realidade.”

No entanto, o impugnante não trouxe qualquer comprovação do quanto alegado, acerca das justificativas feitas para as diferenças apontadas no estoque. Quanto aos itens lançados por substituição tributária nada foi provado quanto aos fatos descritos e demonstrados nas infrações, permanece a consistência do levantamento quantitativo de estoque de mercadorias. Face exposto considero procedentes as infrações do levantamento quantitativo do estoque. Infrações 1, 2, 9 e 10 procedentes.

Quanto às infrações 8 e 15, o impugnante alega que a *descrição dos produtos autuados pela Fiscalização foi gerada de forma equivocada nos arquivos magnéticos da Impugnante em razão de uma falha em seu sistema, ou seja, tais produtos não possuem a descrição acima detalhada e não são classificados como iogurtes, mas, como leite fermentado que não se sujeita ao regime de ICMS-ST.*

Comprovado, nos autos, que trata-se de iogurtes, pelo que as mercadorias objeto das operações estão enquadradas no regime de substituição tributária. Para comprovar que tais produtos possuem outra descrição, que são classificados como leite fermentado, e que houve falha na geração da informação em seus arquivos magnéticos, a Impugnante protesta pela posterior juntada das notas fiscais objeto do auto de infração.

Para efetiva comprovação do quanto alegado, necessitaria trazer amostragem de notas fiscais emitidas para comparação com os dados constantes do arquivo magnético, e embora tenha protestado pela juntada posterior, não o fez. Infrações 8 e 15 procedentes.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207101.0003/14-2**, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$420.232,52**, acrescido das multas de 60% sobre R\$100.980,31, de 70% sobre R\$95.629,66 e de 100% sobre R\$223.622,55, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN- RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR