

A.I. Nº - 269140.0005/19-3
AUTUADO - NESTLE BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/11/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0110-01/20-VD

EMENTA: ICMS. - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatado que as mercadorias adquiridas estavam sujeitas ao regime de substituição tributária e que o autuado não efetuou o pagamento do imposto devido por antecipação tributária. A antecipação tributária total se aplica nas transferências interestaduais de mercadorias adquiridas de terceiros, destinadas à comercialização, realizadas entre estabelecimentos da mesma empresa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 02/12/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$718.796,58, em decorrência de ter deixado de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação ou do exterior (07.01.01), ocorrido no mês de abril a dezembro de 2018, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A autuante acrescentou que trata-se de aquisições de chocolate e kit kat biscoito chocolate, cujo pagamento foi efetuado na entrada do estabelecimento, apesar de estar descredenciado. Confirmou que o autuado pagou a antecipação sobre os estoques no mês de abril de 2018 e parou de fazer a substituição tributária nas saídas.

O autuado apresentou defesa das fls. 93 a 108. Disse que o Auto de Infração foi lavrado a partir da premissa equivocada de que as mercadorias recebidas em devolução seriam objeto de posterior comercialização, motivo pelo qual a Fiscalização exigiu o ICMS-antecipação no ingresso de tais produtos no território baiano.

Ressaltou que o próprio Auto de Infração confirmou que o autuado recolheu o ICMS-antecipação na ocasião da efetiva aquisição desses produtos e que as operações autuadas são transferências entre estabelecimentos da Nestlé.

Concluiu que, se a própria Fiscalização reconheceu que o ICMS foi integralmente antecipado por ocasião da aquisição das mercadorias autuadas, é inviável se cogitar de nova cobrança do imposto na devolução desses mesmos produtos. Afinal, o recolhimento do ICMS-antecipação encerrou a tributação incidente sobre tais mercadorias.

Afirmou que inexistiu base legal para a cobrança da antecipação tributária total nas transferências dos produtos autuados entre estabelecimentos da mesma empresa e que não há ocorrência do fato gerador do ICMS nas transferências.

Destacou que as mercadorias devolvidas pelas filiais localizadas em outros Estados estavam com o prazo de validade expirado, tendo sido devolvidas para inutilização e descarte. Assim, a cobrança do ICMS-antecipação seria um verdadeiro contrassenso lógico nos presentes autos, já que inexistiu etapa posterior da tributação passível de antecipação.

Explicou que no período de abril a dezembro de 2018, transferiu chocolates e wafers adquiridos de industrial situado em São Paulo (Fábrica da Garoto) para filiais da Nestlé localizadas em outros Estados. Disse que escriturou as notas fiscais relativas às aquisições do KitKat com o CFOP 2403 e, por conseguinte, recolheu o ICMS-antecipação na entrada dessas mercadorias no território baiano.

Posteriormente, transferiu o KitKat para estabelecimentos da Nestlé localizados em outros Estados, sem o recolhimento do imposto (que já havia sido integralmente antecipado na entrada dos produtos no território baiano). As filiais, por seu turno, escrituraram essas transferências com o CFOP 2409, objetivando a posterior comercialização dos produtos com os varejistas.

Contudo, por uma questão puramente de demanda, parte das mercadorias transferidas às filiais localizadas em outros Estados teve o prazo de validade expirado, impedindo sua comercialização para os atacadistas e/ou varejistas.

Alegou que tais estabelecimentos não têm autonomia técnica, tampouco estrutura física e/ou logística para a destruição dos produtos alimentícios vencidos, promovendo a devolução dessas mercadorias à filial baiana para a inutilização e descarte e escriturando com o CFOP 2409, conforme nota fiscal nº 279.005 (fls. 122 e 123).

Explicou que, em segundo momento, após a inutilização e descarte dos produtos vencidos, emitiu Notas Fiscais com CFOP 5927 – que indica o lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, conforme nota fiscal nº 726.493 (fls. 162 e 163).

Reiterou que, ainda que se pudesse cogitar que o ICMS-antecipação seria efetivamente devido, o imposto foi integralmente recolhido na aquisição desses produtos da Fábrica da Garoto (notas fiscais escrituradas com CFOP 2403). Além disso, os produtos vencidos foram transferidos por outras filiais do Grupo Nestlé, de modo que sequer poderia se cogitar da cobrança do ICMS-antecipação, ante a ausência de base legal para tal exigência e a inocorrência do fato gerador do imposto.

Juntou aos autos, por amostragem, as vias físicas de somente algumas notas fiscais. No entanto, os demais documentos fiscais representativos das devoluções promovidas entre abril e dezembro de 2018 instruem a presente peça impugnatória por meio de mídia física à fl. 178.

Destacou que os produtos alimentícios com prazo de validade vencido não podem ser comercializados, sob pena, inclusive, de interdição, conforme previsto na Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que dispõe sobre as infrações sanitárias.

Alegou que o § 2º do art. 8º da Lei 7014/96 dispõe que o contribuinte baiano não terá de recolher o ICMS-antecipação sobre as mercadorias que ingressarem no Estado da Bahia, se recebê-las já com o imposto antecipado. Completou dizendo que ainda que o ICMS não tenha sido retido e recolhido pelas filiais da Nestlé localizadas em outros Estados, quando das devoluções, é inegável que o imposto incidente sobre tais mercadorias, já havia sido antecipado pelo próprio autuado na ocasião da entrada dessas mercadorias no território baiano.

Alegou que não é preciso grande esforço interpretativo para perceber que, se o legislador determinou expressamente que o recolhimento do ICMS-antecipação encerra a fase de tributação sobre as mercadorias que ingressarem no território baiano e a própria Fiscalização reconheceu que houve antecipação integral do ICMS na ocasião em que as mercadorias autuadas foram adquiridas da Fábrica da Garoto, a única conclusão possível é de que seria inviável nova exigência do imposto no caso concreto, haja vista que a fase de tributação já havia sido encerrada quando recolheu o ICMS-antecipação na aquisição das mercadorias autuadas.

Destacou que as operações objeto deste auto de infração também não se enquadram no disposto no § 2º do art. 289 do RICMS, que prevê um rol taxativo de produtos sobre os quais incidirá o ICMS-antecipação, nos casos de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, não restando base legal para a exigência fiscal.

Lembrou que o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 166, estabeleceu que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

O autuado indicou o endereço da Lobo & de Rizzo Advogados, Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados de Marcelo Bez Debatin da Silveira, para recebimento das intimações relativas a este processo administrativo.

A autuante apresentou informação fiscal das fls. 181 a 185. Disse que constatou que, no período auditado, o autuado procedeu de forma equivocada quando deu entrada de mercadorias sujeitas a antecipação nos meses de abril a dezembro de 2018 e não efetuou a antecipação devida. Explicou que o autuado, como filial de indústria, estando credenciada pelo Estado, sempre efetuou o pagamento da substituição tributária nas saídas do estabelecimento, quando ocorria a revenda das mercadorias. No entanto, no período da autuação, estava descredenciada com o Estado da Bahia. Passou então a fazer a Antecipação Tributária de todas as compras de CHOCOLATE e KIT KAT efetuadas no período do descredenciamento conforme determina o Artigo 332, inciso III, alínea “a”. Esqueceu, no entanto, de fazer a antecipação quando recebeu as mercadorias em transferência de outras filiais localizadas em outros Estados da federação, já que todas as saídas ocorreram sem retenção.

Explicou que, como o autuado possuía débitos com a Fazenda pública, inclusive em dívida ativa, ficou descredenciado para o pagamento da substituição tributária nas compras interestaduais. Quando recebeu mercadorias em transferência deveria ter feito a antecipação, como fez no caso das compras, já que todas as suas saídas/revendas internas foram sem retenção de ICMS no período autuado. Ressaltou que a empresa recolheu o imposto substituição sobre o estoque existente de chocolates e KIT KAT em abril de 2018, início do período em que mudou o seu regime de pagamento.

Alegou que o autuado tentou provar que as mercadorias entraram para serem baixadas do estoque por estarem deterioradas e que as transferências foram, na verdade, devoluções para baixa no estoque. Porém, da análise das planilhas anexadas pelo autuado com os valores e quantidades das mercadorias baixadas, percebeu que os valores e quantidades não são correspondentes. As entradas (CFOP 2409) são muito maiores do que as quantidades de mercadorias baixadas (CFOP 5927).

A título de exemplo, disse que o ALPINO CHOCOLATE 4 14X100G, código BR1-12332098, entrou em transferência na quantidade de 3.205 caixas. No entanto, as saídas, como baixa de estoque, foram de 1.035 caixas. Já a mercadoria ESPECIALIDADES Bombons 30x300g, código 12304561, entrou em transferência na quantidade de 202.888 caixas e as baixas foram de 4.609 caixas.

O autuado se manifestou às fls. 243 e 244. Destacou que demonstrou em sua defesa que o presente auto de infração foi lavrado a partir da premissa equivocada de que as mercadorias devolvidas em transferência seriam objeto de posterior comercialização. Reiterou que não existe base legal para a cobrança da antecipação tributária em transferência entre estabelecimento da mesma empresa e que tal transferência não se constitui em fato gerador do ICMS. Alegou que as mercadorias estavam com prazo de validade expirado.

Registrou a argumentação da autuante a respeito da falta de correspondência entre as entradas e as saídas das mercadorias para baixa. Lamentou que a autuante não analisou os argumentos da defesa acerca da ilegitimidade do auto de infração.

Na assentada do julgamento esteve presente o advogado do autuado, Bruno Panace Olivieri, OAB/SP 447.208.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

No presente auto de infração é exigido de empresa que se dedica exclusivamente a atividade comercial ICMS devido por antecipação tributária total, decorrente de recebimentos de mercadorias adquiridas de terceiros, incluídas no regime de substituição tributária, em transferências interestaduais oriundas de outros estabelecimentos da mesma empresa,

Em sua defesa, o autuado apresenta cópia de diversas notas fiscais que estão incluídas no demonstrativo de débito, anexado das fls. 10 a 75, sob o argumento de tratarem-se de devoluções de mercadorias destinadas ao descarte, por estarem com prazo de validade expirado. Entretanto, nos documentos trazidos pelo autuado, em arquivo denominado “NFs – Devolução de mercadorias para descarte (CFOP 6152)”, no CD à fl. 178, consta como natureza da operação “Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”, com CFOP 6152. Não há no documento fiscal qualquer indicação de tratar-se de devolução de mercadoria, nem que se trata de mercadoria com prazo de validade expirado. O CFOP 2409, utilizado pelo autuado no registro dos respectivos documentos fiscais, confirma tratar-se de transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros destinados à comercialização.

De acordo com a alínea “a” do inciso I do § 4º do art. 8º da Lei nº 7.014/96, é devido o imposto por antecipação tributária, na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado, enquadrada no regime de substituição tributária. No § 8º do mesmo art. 8º da Lei nº 7.014/96, não consta como exceção para aplicação da antecipação tributária as transferências entre estabelecimentos da mesma empresa de mercadorias adquiridas de terceiros destinadas à revenda. Logo, eis aí a base legal para a presente exigência fiscal.

Destaco que, ainda que tivesse ocorrido a transferência interestadual de mercadorias adquiridas de terceiros, que anteriormente tivesse sido objeto de antecipação tributária pelo autuado, a posterior devolução da mercadoria também estaria sujeita a nova antecipação tributária, pois o valor da suposta antecipação tributária inicialmente feita já deveria ter sido apropriado como crédito fiscal pelo autuado, nos termos do art. 300 do RICMS. A antecipação tributária encerra a tributação nas operações internas subsequentes, mas, se as mercadorias são objeto de nova saída interestadual, a antecipação anterior é desfeita pela apropriação como crédito fiscal do valor do imposto antecipado.

Ao contrário do que afirmou o autuado, a autuante em momento algum reconheceu que o ICMS que está sendo exigido neste auto de infração foi integralmente antecipado por ocasião de suposta aquisição anterior das mercadorias autuadas. Houve referência pela autuante de uma antecipação feita pelo autuado referente a mercadorias em estoque, cujo pagamento ocorreu em abril de 2018, mas não que a referida antecipação decorresse das entradas das mercadorias descritas nas notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito deste auto de infração.

Eventuais perdas posteriores à entrada de mercadorias em decorrência da expiração do prazo de validade, devem ser objeto de emissão de nota fiscal para baixa de estoque, como de fato fez o autuado, conforme documentos anexados no arquivo denominado “NFs – Baixa de estoque (CFOP 5927)”. Nesses casos, o valor do crédito fiscal referente à entrada deve ser estornado e o valor do imposto antecipado deve ser apropriado como crédito fiscal.

O disposto no § 2º do art. 289 do RICMS, estabelece exceções em relação a situações em que existem previsões expressas para que não sejam feitas a antecipação tributária. Este comando

transforma situações em que a lei estabelecia a não obrigatoriedade da exigência da antecipação tributária em obrigatoriedade. Esta possibilidade está prevista na parte inicial do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96, quando admite que o regulamento crie disposições em contrário à não antecipação do imposto, previstas expressamente no referido dispositivo legal. Por óbvio, que este dispositivo não se aplica ao presente auto de infração, pois não se incluem nas hipóteses do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96, que impedem a exigência do imposto por antecipação tributária, as transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa com atividade estritamente comercial.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269140.0005/19-3**, lavrado contra **NESTLE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$718.796,58**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2020

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR