

PROCESSO - A. I. Nº 278906.0303/13-9
RECORRENTE - THOM & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0154-03/14
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/10/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0115-12/16

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. É insubsistente a exigência do imposto, relativo à Nota Fiscal nº 4712, objeto da acusação fiscal, por se tratar de retorno simbólico de mercadoria armazenada, sem destaque do imposto, quando da transmissão da propriedade pelo depositante, nos termos do art. 681, § 1º, inciso I, do RICMS/97, então vigente. Razões recursais elidem a exação. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0154-03/14, cujo Auto de Infração em lide, lavrado em 27/03/2014, exige o ICMS no valor histórico de R\$1.553.191,90, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de “Deixou de recolher ICMS na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto. Referente a nota fiscal de saída 4712, emitida pela THOM & CIA, em 01/07/2009”.

A Decisão recorrida considerou procedente o Auto de Infração, após consignar que o impugnante não apresentou qualquer elemento capaz de elidir a autuação, visto que, consta à fl. 38, cópia da folha 26, do livro Registro de Saídas do autuado do mês de julho de 2009, onde está escriturada a Nota Fiscal nº 4712 sem débito do imposto e que, ao contrário do que afirmou o defendente, também se encontram escrituradas nesta mesma folha as Notas Fiscais de nºs 192, 193, 194 e 195, todas sem débito do imposto e se referem às Notas Fiscais de nºs 3076, 3075, 3074 e 3073, constando, inclusive, no campo “Observações” a informação de que as Notas Fiscais de nºs 192, 193, 194 e 195 foram emitidas conforme art. 681, inc. II, “b”, “c” e “d” do RICMS-BA/97.

A JJF concluiu que o defendente não comprovou nos autos, de forma inequívoca, a emissão das notas fiscais com destaque do imposto que acobertaram o retorno das mercadorias discriminadas na Nota Fiscal nº 4712, de retorno simbólico, 6.907 - Retorno simbólico de mercadoria depositada em depósito fechado ou armazém geral, fl. 46, sem também fazer constar a identificação das notas fiscais correspondentes ao efetivo retorno do algodão em pluma, como preceitua o art. 681 do RICMS-BA/97, em que pese, conforme se constata às fls. 26 e 63, as Notas Fiscais de Entradas de nºs 212906, 381850, 297388 e 562462, citadas terem sido escrituradas com crédito do imposto.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 130 a 138, no qual aduz que a autuação fiscal não pode prosperar, pois eivada de nulidade insanável, visto que a metodologia adotada pela autuante torna impossível a determinação do montante do débito tributário, pois imprescindível a incontroversa e correta identificação da operação tributada para exigir o montante do débito tributário.

Salienta tratar-se de armazéns gerais que tem como objeto social “Armazéns gerais - emissão de

warrant”, que o torna agente passivo das situações tributárias, conforme comprova seu estatuto constitutivo, tudo corroborado pelo cadastro na INFRAZ e CNPJ, e que, nesta condição, efetua operações triangulares com seus clientes, ou seja, recebe as mercadorias para armazenagem dando origem ao crédito tributário, posteriormente a empresa que efetuou a armazenagem realiza a venda da mercadoria para terceiros, gerando pelo recorrente uma nota fiscal de retorno simbólico em favor da empresa que iniciou a armazenagem sem destaque de ICMS e, em seguida, emite uma nova nota fiscal de entrega por conta e ordem da empresa que iniciou a armazenagem com o destaque de ICMS (tornando o recorrente o agente passivo da operação).

Diante dos fatos alegados na fiscalização a operação ora em questão se deu da seguinte forma:

1. O recorrente recebeu de seu cliente Louis Dreyfus algodão para armazenagem que, por sua vez, efetuou a venda da mercadoria, onde iniciou as operações normais de tramitação como segue: o recorrente Thom e Cia Ltda. emite uma nota fiscal de devolução simbólica da remessa de armazenagem para a Louis Dreyfus através da nota fiscal 4686, emitida em 26/06/2009, no valor de R\$12.527.361,60.
2. Posteriormente, foi emitida a nota de venda da Louis Dreyfus para a Torre (MS), número 8219, no valor de R\$12.943.266,57, com recolhimento de ICMS de R\$1.553.191,98.
3. Através da Nota Fiscal nº 3079 a Torre (MS), iniciando uma nova operação, armazena esse algodão na Thom e Cia Ltda., no valor de R\$12.943.266,57, gerando para a mesma um crédito de ICMS de R\$1.553.191,99, conforme escrituração no livro de entradas no dia 01/07/2009.
4. A Thom e Cia Ltda. emite a Nota Fiscal nº 4712, retornando simbolicamente a Nota Fiscal nº 3079, à Torre (MS) a armazenagem, porém sem destaque de ICMS, pois o mesmo se concretizará na entrega do algodão armazenado à Vicunha.
5. Após isso, a Torre (MS) vende o algodão para a Vicunha (CE), através das Notas Fiscais nºs 3073 no valor de R\$6.160.386,67; 3074, de R\$3.087.955,73; 3075, de R\$3.557.693,90 e 3076, de R\$911.682,49, totalizando R\$13.717.718,79.
6. A empresa Vicunha então armazena o algodão na Thom e Cia Ltda., através das Notas Fiscais nºs 562462, no valor de R\$6.160.390,15; 381850, de R\$3.087.956,83; 297388, de R\$3.557.691,09 e 212906, de R\$911.676,69, totalizando R\$13.717.714,76, gerando um crédito de R\$1.646.125,77 para a Thom & Cia Ltda. que se diluirá através da entrega real do algodão a Vicunha pela Thom, conforme diz demonstrar em planilhas anexas, com indicação a essas notas.
7. O recorrente, então, emite as Notas Fiscais nºs 192, 193, 194 e 195, transmitindo a propriedade a Vicunha (CE), totalizando R\$13.717.718,79 e se debitando de ICMS em R\$1.646.126,24.
8. Por fim, acontece a entrega real do algodão armazenado na Thom e Cia Ltda., através das notas fiscais emitidas no mês 07/2009 e 08/2009, novamente com débito de ICMS, justificando assim o não destaque na referida Nota Fiscal nº 4712.

Diz ser importante observar que, apesar dos livros de saídas da empresa não mostrarem o débito das notas fiscais por uma falha em sua configuração, no livro de apuração de ICMS consta exatamente os referidos créditos e débitos, ou seja, no mês 07/2009 o total de créditos é R\$3.199.317,76 (referente às Notas Fiscais nºs 3079, 297388, 562462, 381850, 212906, que totalizam R\$26.660.981,33 e créditos de R\$3.199.317,76) e o total de débitos referente às notas fiscais emitidas com CFOP 6.906 (entrega do algodão) e 6.949 (transmissão da propriedade a Vicunha) totalizam R\$19.731.461,16 e débito de ICMS de R\$2.367.775,33, entre outros CFOPs que constam no livro de saídas da empresa).

Encerrado o mês 07/2009, a empresa mantinha crédito de R\$831.542,43, que transferido para o mês 08/2009, diluiu-se com o término da entrega do algodão a Vicunha (CE), conforme demonstram as NF's com CFOP 6906 no valor de R\$7.852.304,37 e débito de R\$942.276,53. Ainda no mês 08/2009, foram escrituradas as Notas Fiscais nºs 214542, 214543 e 214544 no Registro de Entradas, emitidas

pela Vicunha a Thom, que se referem a um acerto de algodão que fora enviado com peso a maior, gerando então um crédito de R\$17.802,33.

O recorrente ressalta todas essas informações estão escrituradas no livro de apuração de ICMS no mês 07/2009 e 08/2009 e que a única divergência são os destaques dos débitos de ICMS que não aparecem no Registro de Saídas, mas constam no Registro de Apuração, que conforme exposto anteriormente, ocorreu por uma falha da configuração do sistema contábil, do que destaca que todas as notas, tanto de entradas, quanto de saídas, estão sendo encaminhadas juntamente com as planilhas que demonstram a diluição da entrega do algodão, para comprovação os fatos descritos, como também protocolo do comunicando junto a SEFAZ do encerramento da operação com data de 03/12/2009, frisando que todas as operações realizadas foram acompanhadas pelo Inspetor.

Contudo, diz ser de suma importância ressaltar que o saldo devedor constante no Registro de Apuração de ICMS, no mês 08/2009, originou-se pela emissão das notas fiscais de venda da empresa Torre (MT) para a empresa Vicunha, conforme Notas Fiscais nºs: 192, 193, 194 e 195 de transmissão de propriedade para a empresa Vicunha, cujas observações foram comunicadas a SEFAZ, conforme documento protocolado no dia 03/12/2009, sob número 196875/209-0.

Sustenta que o procedimento adotado pelo autuante generaliza a obrigação tributária, pois, se a infração é falta de recolhimento de ICMS, evidentemente que devem ser considerados os aspectos excludentes relevantes da cobrança e exigibilidade de ICMS nas saídas, se tais operações são tributadas somente nas saídas das mercadorias, do que como prova de suas alegações, anexa documentos (livros e documentos fiscais), às fls. 141 a 461 dos autos.

O recorrente reitera que a situação fática, não considerada pelo autuante, é que apenas necessita de autorização para retificação em alguns arquivos magnéticos para regularização da operação, inexistindo prejuízo para o Estado, do que requer seja a presente autuação fiscal julgada nula ou improcedente, reformando-se o Acórdão recorrido.

A PGE/PROFIS, às fls. 466 e 467 dos autos, consigna que, da análise dos autos, verifica-se que a alegação recursal acompanhada das notas e livros fiscais, às fls. 141 a 461, quanto à inexistência de prejuízo para o Fisco no presente lançamento de ofício, recomenda a remessa dos autos para a ASTEC para verificação da legalidade das operações.

Em consequência, em pauta suplementar de 26/02/2015, os membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal acordaram encaminhar o PAF ao autuante para se pronunciar sobre as provas documentais trazidas pelo recorrente, no sentido de que se debitou do imposto no Registro de Apuração do ICMS, relativo às Notas Fiscais nºs 192 a 195 (entrega por conta e ordem), emitidas conforme art. 681, §1º, II, do RICMS/97, cujas quantidades e valores correspondem às operações mercantis realizadas pelo estabelecimento depositante através das Notas Fiscais nºs 3073 e 3076.

À fl. 473 dos autos, em cumprimento à diligência, o autuante informa que “... *mantenho a autuação conforme consta neste processo, páginas 62 a 111, pois a empresa deixou de recolher o ICMS referente as saídas dessas mercadorias para outro Estado*”.

A PGE/PROFIS, às fls. 475 e 476 dos autos, consigna que o autuante confirma a autuação sem apresentar manifestação acerca do questionamento específico da Câmara, bem como quanto à legalidade das operações em face das provas carreadas pelo contribuinte. Assim, em homenagem aos princípios da verdade material e da ampla defesa, opina que os autos devem ser encaminhados para efetivo cumprimento da diligência fiscal, por auditor fiscal estranho ao feito ou pela ASTEC, uma vez que o autuante não cumpriu os termos da diligência fiscal.

Às fls. 480 a 483 dos autos, consta “Carta de Comunicação” do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco informando que foi proferida decisão deferindo o processamento da Recuperação Judicial da empresa Thom & Cia Ltda. (CNPJ nº 10.782.530/0001-92), tendo a PGE/PROFIS, à fl. 485, sugerido que o aludido expediente fosse encaminhado ao setor de Consultoria da PROFIS, para

ciência e pronunciamentos devidos. Por sua vez, à fl. 487 (verso), a Procuradora do Estado, Dr.^a Rosana Maciel Bittencourt Passos, através do “Despacho PGE/PROFIS/NCA”, consigna que, considerando que o único auto de infração lavrado em face da empresa sob recuperação judicial ainda não está inscrito em dívida ativa, outra providência não resta senão determinar a juntada do expediente ao PAF para que, após a inscrição em dívida ativa, a Fazenda Pública Estadual dê conhecimento da existência do crédito ao juízo comunicante.

Às fls. 490 e 491 dos autos, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal acordaram encaminhar o PAF para a ASTEC apresentar parecer técnico, no sentido de:

1º) Se, efetivamente, nas Notas Fiscais n^{os} 192 a 195, às fls. 149 a 152 dos autos, comprovam a alegação recursal de satisfação do tributo, ora exigido, uma vez que, segundo o recorrente, o imposto foi debitado no Registro de Apuração do ICMS?

2º) Se as quantidades e valores constantes nas aludidas Notas Fiscais n^{os} 192 a 195 correspondem às operações mercantis realizadas pelo estabelecimento depositante através das Notas Fiscais n^{os} 3073 a 3076 e se estas têm relação com a Nota Fiscal nº 4712 (fl. 46), objeto da exação fiscal?

Às fls. 494 a 496 dos autos, consta Parecer ASTEC nº 0023/2016, no qual, conforme solicitado, informa que:

1º) Foi efetuado levantamento das notas fiscais que compõem o débito do imposto lançado no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo elaborado demonstrativo de fls. 497/499, constatando que efetivamente as Notas Fiscais n^{os} 192 a 195, às fls. 149 a 152 dos autos, comprovam a alegação recursal de satisfação do tributo exigido, visto que o débito lançado no RAICMS à fl. 176 é R\$2.335.775,33 e o apurado no demonstrativo de fls. 497/499 é o mesmo valor.

2º) A quantidade e valores constantes nas Notas Fiscais n^{os} 192 a 195 correspondem às operações mercantis realizadas pelo estabelecimento depositante através das Notas Fiscais n^{os} 3073 a 3076, conforme demonstrativo de fl. 500.

3º) Em relação à Nota Fiscal nº 4712 (fl. 46), objeto da exação fiscal, na mesma não consta referência às notas fiscais citadas acima, apenas consta no campo Natureza da Operação “RETORNO DE MERCADORIA”.

A PGE/PROFIS, à fl. 502 dos autos, após o Parecer da ASTEC, em homenagem aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, comunga da opinião que os autos devem ser encaminhados para ciência do sujeito passivo acerca do resultado da diligência da ASTEC.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância que julgou procedente o Auto de Infração, no qual se exige o ICMS de R\$1.553.191,90, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de *“Deixou de recolher ICMS na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto. Referente a nota fiscal de saída 4712, emitida pela THOM & CIA, em 01/07/2009”*.

Portanto, a lide se restringe a exigir o ICMS relativo à Nota Fiscal nº 4712, sem destaque do débito do imposto, inerente à operação de devolução de mercadoria tributável, em cuja entrada foi utilizado crédito fiscal.

Inicialmente, é indubitável que a Nota Fiscal nº 4712, à fl. 46 dos autos, foi emitida em 01/07/2009 pelo recorrente (Thom & Cia Ltda.), localizado no Estado da Bahia, cujo objeto social é de armazém gerais (fl. 72), com natureza de operação de “Retorno de Mercadorias” (simbólico), CFOP 6907, *sem destaque do imposto*, em razão da “Remessa para Armazém Geral” de 4.786.180 kg de algodão em pluma, no valor de R\$12.943.266,57, ocorrida através da NF-e nº 3079 (fl. 47), em

01/07/2009, *com destaque do imposto*, emitida pela Torre Indústria Têxtil e Armazéns Gerais Ltda., localizada no Estado do Mato Grosso do Sul.

Há de se destacar que o aludido retorno simbólico da mercadoria armazenada, *sem destaque do imposto*, consignada na Nota Fiscal nº 4712, objeto da exação, se deu em razão do previsto no art. 681, §1º, inciso I, do RICMS/97, então vigente, por ter o depositante (Torre) alienado à mercadoria em favor da Vicunha Têxtil S.A, localizado no Estado do Ceará, consoante Notas Fiscais nº 3073 a 3076 (fls. 145 a 148), emitidas em 30/06/2009, no montante de R\$13.717.718,79.

Para esta situação de transmissão da propriedade de mercadoria armazenada em outra unidade da Federação, o citado dispositivo legal previa que o recorrente (Thom - BA), na condição de armazém geral, emitisse nota fiscal para o estabelecimento depositante e transmitente (Torre - MS), *sem destaque do ICMS*, com: **a)** o valor das mercadorias, que corresponderá àquele atribuído por ocasião de sua entrada no armazém geral; **b)** a natureza da operação: "Outras saídas - retorno simbólico de armazém geral"; **c)** o número, a série e a data da Nota Fiscal emitida pelo estabelecimento depositante e transmitente, na forma do caput deste artigo; **d)** o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do estabelecimento adquirente, conforme transcrito:

Art. 681. No caso de transmissão da propriedade de mercadorias, quando estas permanecerem em armazém geral situado em unidade da Federação diversa da do estabelecimento depositante e transmitente, este emitirá Nota Fiscal para o estabelecimento adquirente, sem destaque do ICMS, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

I - o valor da operação;

II - a natureza da operação;

III - a indicação de que as mercadorias se encontram depositadas em armazém geral, mencionando-se o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, deste.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o armazém geral emitirá:

I - Nota Fiscal para o estabelecimento depositante e transmitente, sem destaque do ICMS, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

a) o valor das mercadorias, que corresponderá àquele atribuído por ocasião de sua entrada no armazém geral;

b) a natureza da operação: "Outras saídas - retorno simbólico de armazém geral";

c) o número, a série e a data da Nota Fiscal emitida pelo estabelecimento depositante e transmitente, na forma do caput deste artigo;

d) o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do estabelecimento adquirente;

Assim, em que pese o recorrente não ter cumprido as determinações das alíneas “c” e “d”, é indubitável que a operação consignada na Nota Fiscal nº 4712, objeto da exação, se trata do retorno simbólico da mercadoria depositada através da Nota Fiscal nº 3079, em razão dos dados nelas especificados, não merecendo guarida a exigência do imposto nesta operação, por se tratar, repita-se, de retorno simbólico da remessa pelo armazém geral (Thom) para o depositante e transmitente (Torre/MS), cuja previsão legal do art. 681, § 1º, inciso I, do RICMS/97, determina que seja *sem destaque do ICMS*.

Ainda há de se salientar que, conforme previsto no inciso II do referido dispositivo legal (art. 681, §1º, do RICMS/97), o recorrente (Thom), na condição de armazém geral, emitiu Notas Fiscais nºs 192 a 195 (fls. 149/152) para o estabelecimento adquirente (Vicunha – CE), contendo: **a)** o valor da operação correspondente ao da nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante e transmitente (Torre); **b)** a natureza da operação: "Outras saídas"; **c)** o *destaque do ICMS*; **d)** o número, a série e a data da nota fiscal emitida pelo estabelecimento depositante e transmitente, bem como o nome do titular e os números de inscrição, estadual e no CGC do adquirente, cujo fato

corrobora o “retorno simbólico” em análise, conforme norma a seguir transcrita:

Art. 681. (...)

§ 1º (...)

II - Nota Fiscal para o estabelecimento adquirente, que conterá os requisitos previstos e, especialmente:

a) o valor da operação, que corresponderá ao da Nota Fiscal emitida pelo estabelecimento depositante e transmitente, na forma do caput deste artigo;

b) a natureza da operação: "Outras saídas - transmissão da propriedade de mercadorias por conta e ordem de terceiro";

c) o destaque do ICMS, se devido;

d) o número, a série e a data da Nota Fiscal emitida na forma do caput deste artigo pelo estabelecimento depositante e transmitente, bem como o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, deste.

Ainda como forma de comprovar que a operação consignada na Nota Fiscal nº 4712 (emitida pela Thom) se trata do retorno simbólico da mercadoria depositada através da Nota Fiscal nº 3079 (emitida pela Torre), apesar daquela nota fiscal não fazer referência à nota fiscal de remessa, o Parecer ASTEC nº 0023/2016, às fls. 494 a 496 dos autos, comprovou que as quantidades e valores constantes nas Notas Fiscais nºs 192 a 195 (emitidas pela Thom para o estabelecimento adquirente Vicunha, como previsto no inciso II do § 1º do art. 681 do RICMS/97) correspondem às operações mercantis realizadas entre os estabelecimentos Torre e Vicunha, ocorridas através das Notas Fiscais nºs 3073 a 3076, conforme demonstrado à fl. 500 dos autos.

Ressalte-se também que as Notas Fiscais nºs 192 a 195 compõem o débito do imposto lançado no livro de Registro de Apuração do ICMS, conforme restou demonstrado às fls. 497 a 499 dos autos, em cumprimento ao disposto no art. 681, § 1º, inciso II, alínea “c”, do RICMS/97.

Sendo assim, é insubsistente a exigência do imposto relativo à Nota Fiscal nº 4712, objeto da acusação fiscal, por se tratar de retorno simbólico de mercadoria armazenada, quando da transmissão da propriedade da mesma pelo depositante à terceiro, cuja operação deveria ocorrer ***sem destaque do ICMS***, conforme previsto no art. 681, §1º, inciso I, do RICMS/97, então vigente.

Registre-se que se trata de questão eminentemente de prova factual e que, atualmente, o Parecer da PGE/PROFIS é facultativo, conforme art. 137, II, c/c art. 136, III, ambos do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 16.738 de 20/05/16, com efeitos a partir de 01/06/16.

Também, há de ressaltar que, nos termos do art. 127, §8º, do RPAF, é dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pelo autuado.

Do exposto, meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278906.0303/13-9**, lavrado contra **THOM & CIA. LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

