

A. I. Nº - 207102.0009/13-5  
AUTUADA - VINÍCOLA OURO VERDE LTDA.  
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO SOARES FERREIRA  
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.09.2016

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0150-05/16**

**EMENTA: ICMS.** 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Apurado na ação fiscal erro na determinação do valor da parcela do imposto sujeita à dilação de prazo de pagamento. Infração não contestada. Mantido o lançamento. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE RETORNO SIMBÓLICO DE ARMAZEM GERAL LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. Na solução dessa lide foi aplicado entendimento reiterado do CONSEF e explicitado na Lei 7.014/96 de que só remanesce a acusação de creditamento indevido quando após análise da conta corrente fiscal do contribuinte se constata que os lançamentos dos créditos ilegítimos, pelas entradas reais ou simbólicas, suplantam os débitos advindos das operações de saídas, reais ou simbólicas do contribuinte, repercutindo em recolhimento a menor do imposto nos respectivos períodos de apuração mensal. Após a realização de duas diligências ambas executadas pelo autuante a partir dos documentos apresentados pelo sujeito passivo, foi certificada a real repercussão financeira dos lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal no tocante aos débitos e créditos de ICMS indevidamente destacados nos documentos fiscais de remessas e retornos simbólicos, realizadas entre o estabelecimento autuado e a empresa de armazenagem, localizada em São Paulo, com posterior registro dessas operações nos livros destinados à apuração do imposto. Prevalência, no caso concreto, do princípio da verdade material. Reduzido o valor do débito originalmente apurado no lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/09/2013, para exigir ICMS, no valor do principal de R\$1.982.901,08 (hum milhão, novecentos e oitenta e dois mil, novecentos e um reais e oito centavos), com as seguintes imputações:

**Infração 1** - Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve. Valor exigido: R\$ 36.442,77. Multa prevista no art. 42, inc. II, letra "f", da Lei nº 7.014/96.

**Infração 2** - Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter se utilizado de crédito fiscal referente a retorno simbólico de armazém geral, cuja operação é alcançada com não incidência do imposto e a nota fiscal deveria ter sido emitida sem destaque do ICMS, conforme art. 681, § 1º, do RICMS-BA/97. Fatos geradores ocorridos nos meses de jan a dez de 2008 e jan a jul 2009. Valor exigido: R\$1.946.458,31. Multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. II,

letra "f", da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado ao A.I em 17/10/2013, pela via postal, AR (aviso de recebimento), e ingressou com defesa em 14/11/13, em petição subscrita por seus diretores, habilitados a atuar no processo através do instrumento de mandado anexado às fls. 182/183.

Na peça de defesa, após tecer considerações em torno das razões que conduziram à autuação, o autuado passou a discorrer acerca da relação jurídica existente entre a empresa impugnante, VINÍCOLA OURO VERDE e o armazém geral, WAR LOGÍSTICA E ARMAZÉNS GERAIS LTDA, e das operações realizadas entre ambos.

Afirmou que o armazém geral é um estabelecimento destinado à conservação de mercadorias e bens recebidos por terceiros, mediante contrato de depósito, que tem como contrapartida o pagamento pelos serviços prestados. Que a utilização do armazém geral ocorre em decorrência da inexistência de espaço físico nos estabelecimentos produtores, ou então, visando um melhor gerenciamento do estoque de mercadorias até a sua negociação.

Ao se debruçar sobre o caso concreto, discorreu que a empresa autuada é uma vinícola, localizada do Estado da Bahia, que no período fiscalizado realizou com a empresa War Logística e Armazéns Gerais Ltda., situada no Estado de São Paulo, contrato de depósito, a fim de que seus produtos tivessem com aquele estabelecimento um ponto de partida até os consumidores finais localizados naquele Estado, objetivando operacionalizar de forma satisfatória e com maior eficiência as operações de vendas.

Nesse sentido, salientou que para a consecução das suas atividades, a impugnante encaminhava ao armazém geral diversas mercadorias, as quais após serem negociadas pela impugnante tinham como ponto de saída o estabelecimento do armazém geral contratado até o efetivo consumidor adquirente.

No entanto, a impugnante, em latente desatenção à legislação baiana, por ocasião das vendas das mercadorias, emitia notas fiscais de saídas para os adquirentes finais como se a operação tivesse ocorrido através de armazém geral localizado no Estado da Bahia. Em decorrência disso, a impugnante realizava o respectivo destaque do ICMS, muito embora as mercadorias tivessem como ponto de saída o município de São Paulo, estado em que se processava a efetiva circulação física dos produtos comercializados.

Em contrapartida, o armazém geral, situado em São Paulo, após a realização das operações de venda aos clientes da autuada, por conta e ordem desta, emitia notas fiscais, também com destaque do ICMS, relativamente aos retornos simbólicos das mercadorias para o estabelecimento da impugnante, situado no território baiano.

Na peça defensiva, à fl. 138 deste PAF, o contribuinte apresentou um fluxograma representativo dessas operações, indicando que as saídas da Vinícola Ouro Verde para o armazém geral, situado em São Paulo, foram acobertadas por notas fiscais com destaque de ICMS assim como as operações de saídas do armazém geral para os clientes da autuada, também situados em São Paulo.

Todavia, as operações relativas à transmissão de propriedade das mercadorias que estavam na posse do armazém geral e os respectivos retornos simbólicos, foram acobertados por notas fiscais emitidas com indevido destaque do ICMS, em contrariedade às disposições do RICMS do Estado da Bahia, especialmente as regras contidas no art. 681 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Ou seja: a impugnante não deveria ter apurado e destacado o ICMS, da mesma forma que o armazém geral também não deveria ter realizado o destaque quando da devolução simbólica das mercadorias comercializadas.

Essa situação foi igualmente representada no fluxograma reproduzido à fl. 139 do PAF.

Entende a defesa que esses equívocos relacionados à emissão das notas fiscais de saídas e retornos simbólicos, com indevido destaque de ICMS e correspondentes lançamentos, a débito e a

crédito nos livros de Entradas e de Saídas de Mercadorias, configuraram tão somente *infração formal* da legislação tributária, uma vez que não foram respeitados os procedimentos impostos nas normas de regência do imposto.

Salientou, ainda, que a inobservância à legislação do ICMS do Estado da Bahia não teve como objetivo a prática de qualquer ato fraudulento, que resultasse no não pagamento do tributo, uma vez que não se vislumbrou com tal prática o recolhimento a menor de imposto ou o creditamento indevido. Pontuou, em acréscimo às razões já expostas, que ao emitir as notas de vendas, mesmo que de forma equivocada, o respectivo destaque do ICMS foi realizado e pago pela impugnante ao invés de ter sido pelo armazém geral, gerando, em decorrência, o direito ao crédito, o qual restou configurado por meio das notas fiscais emitidas pelo armazém geral quando da devolução simbólica das mercadorias comercializadas.

Sinalizou que a inexistência de prática dolosa restou apurada pelo próprio Auditor Fiscal ao lavrar o Auto de Infração, visto que a descrição do fato foi formalizada com o seguinte conteúdo: “*Descumpriu a obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo*”. (Doc. fl. 01 do A.I.).

Entende, portanto, que o equívoco na emissão das notas fiscais é passível de convalidação, eis que a prática adotada pela empresa, embora indevida, não acarretou em qualquer dano ao Erário Público. Para sustentar a tese da inexistência de infração à obrigação principal, a defesa, na peça impugnatória, fez citações doutrinárias e transcreveu decisões judiciais prolatadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Mais à frente passou a abordar questões relacionadas ao direito ao crédito fiscal na conta corrente do ICMS, a partir das disposições contidas no texto da Constituição Federal (art. 155, inc. II), valendo-se também de fontes doutrinárias, especialmente citações extraídas do texto “*ICMS e o Regime de Substituição Tributária*”, de autoria do prof. Roque Antônio Carrazza.

No tocante à multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, aplicada pela autoridade fiscal na lavratura do A.I., a defesa postula o seu cancelamento argumentando que, ao contrário do que lhe foi imputado, o ICMS devido ao Estado da Bahia foi integralmente recolhido aos cofres públicos.

Finaliza a peça defensiva requerendo o cancelamento da exigência fiscal impugnada e a realização de perícia fiscal para melhor comprovação dos fatos narrados.

O autuante, ao prestar informação fiscal (fls. 188/189), discorreu inicialmente que o contribuinte silenciou em relação à exigência fiscal integrante do item 01 do Auto de Infração (erro na apuração do ICMS – DESENVOLVE em relação à parcela sujeita à dilação de prazo para recolhimento do imposto). Em face da ausência de contestação entende que o imposto lançado se tornou passível de imediata exigibilidade.

No que diz respeito à infração nº 02, disse, inicialmente, haver plausibilidade nos argumentos do contribuinte. Todavia, argumentou que a soluçãoposta na legislação do imposto para sanar erro formal que resulte em pagamento indevido de tributos se dá através do instituto da Repetição do Indébito, que tem como instrumento o processo de Restituição, onde se exige além da prova do fato, a demonstração de o postulante haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la (artigo 166 do CTN). Assim sendo, entende não ter amparo na Legislação, o procedimento do contribuinte de se compensar, por iniciativa própria, mediante atos unilaterais, sem a mínima demonstração de que se procedeu na medida certa. Vistos os fatos deste ponto de vista, o autuante defende a procedência da autuação.

Em outra perspectiva, também sinalizada na peça informativa, o autuante discorreu que o imposto indevidamente destacado ensejaria crédito fiscal para os contribuintes situados em outra unidade federativa. Levando em conta o princípio da economia processual, além da dificuldade

de se obter anuência de milhares de adquirentes apontados nas notas fiscais de saídas, foi considerada a hipótese de abatimento do crédito indevido com os valores dos débitos erroneamente destacados nas saídas do mesmo período. Apresentou, na peça informativa, uma solução, entendida como razoável e sem maiores danos ao Tesouro Estadual. Visando auxiliar o Colegiado da JJF na visualização dessa alternativa e como antecipação de uma possível diligência a ser deferida, o autuante elaborou uma planilha com o demonstrativo do crédito indevido resultante do abate do débito também indevido nas saídas dos respectivos períodos, conforme anexos às folhas 190/191 e detalhamento das operações, por notas fiscais emitidas e correspondentes CFOPs, nos demonstrativos anexados às fls. 192 a 282.

Distribuído o processo para a 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, foi o mesmo pautado para julgamento em 16 de setembro de 2014. Na assentada de julgamento, após a sustentação oral realizada pelos representantes legais da empresa, o colegiado da Junta deliberou pela remessa dos autos em diligência ao autuante, formatada nos seguintes termos:

*“A diligência se restringe à infração 2. Conforme foi exposto nos autos, neste item a defesa afirma que de forma indevida recebeu as mercadorias em devolução simbólica, originária de estabelecimento de armazém geral, nas remessas que fez de vinho para São Paulo, com destaque de ICMS, quando o correto seria que essa operação ocorresse sem tributação, nos termos do art. 677, do RICMS/97. Todavia declara que também tributou as operações de remessa para o armazém geral (saídas físicas) como também as saídas em definitivo (remessas simbólicas das operações de retirada de vinho no armazém geral) para seus clientes localizados em SP.*

*O autuante glosou os créditos relativos à entradas, não observando todavia qual o tratamento dado pelo contribuinte nas notas fiscais de saída emitidas pelo autuado.*

*Na informação fiscal o autuante consignou que há plausibilidade nos argumentos do contribuinte, fazendo referência inclusive a um possível processo de restituição.*

*Ainda na peça informativa, apesar de ter afirmado ser inafastável a procedência da autuação, ponderou que a conduta do contribuinte pode não ter gerado prejuízo (ameaça) ao Tesouro da Bahia, vez que o imposto indevidamente destacado ensejaria crédito a contribuintes fora do Estado. Invocando o princípio da economia processual e com o objetivo de auxiliar o Conselho de Fazenda na solução da lide, apresentou, às fls. 190 a 282, planilhas com o demonstrativo do crédito indevido resultante do abate do débito também indevido nas saídas dos respectivos períodos (resumo às folhas 190/191).*

## **DA DILIGÊNCIA**

*Na assentada de julgamento, o colegiado da 5<sup>a</sup> JJF, deliberou pela remessa do presente PAF em diligência, a cargo do autuante, visando a adoção das seguintes providências:*

***a) intimar o contribuinte a fazer as vinculações de valores e quantidades entre as notas fiscais com créditos e débitos indevidamente destacados nas operações de remessa interestadual objeto da autuação;***

***b) demonstrar, de forma detalhada ou em notas explicativas, para este órgão julgador e para autuado, os critérios de apuração dos valores apresentados nas planilhas anexadas na informação fiscal, procedendo também à abertura, via intimação, de vistas ao autuado, para que no prazo de 30 (trinta dias), possa oferecer contrarrazões, evitando assim possíveis alegações de cerceamento ao direito de defesa.***

*Caso remanesçam valores a serem exigidos, o autuante deverá elaborar novo demonstrativo de débito, no mesmo formato do Auto de Infração, concedendo ao contribuinte, desta feita, prazo de 10 (dez) dias para nova manifestação nos autos”.*

O autuado, após ser devidamente intimado, em 06/01/2015, visando o cumprimento da diligência determinada pelo órgão de julgamento, ingressou com nova petição no PAF, datada de 04/02/2015 e juntada à fl. 303 dos autos, requerendo prazo adicional de 60 (sessenta) dias. Justificou a elasticidade do prazo em razão da complexidade dos cálculos efetuados pela fiscalização na fase de informação fiscal.

O colegiado da JJF, por sua vez, deliberou, em 31/03/2015, pelo retorno do PAF à Infaz de origem, concedendo ao contribuinte mais 30 (trinta) dias para o atendimento da intimação firmada pelo autuante para cumprimento do que foi determinado pelo órgão de julgamento.

Em 27/04/2015, o contribuinte, através de seus representantes legais, ingressou com nova petição nos autos, apresentando os demonstrativos (planilhas – fls. 326 a 387), com o detalhamento das operações com débito de ICMS, acobertadas pelas notas fiscais de remessa para o Armazém Geral, localizado em SP (WAR LOGISTICA E ARMAZENS GERAIS LTDA), e as notas fiscais de venda (remessa simbólica) para seus clientes localizados também em SP, sendo que nestes documentos relacionados às remessas simbólicas houve o indevido destaque do imposto e o correspondente lançamento dos débitos na escrita fiscal do autuado, no livro Registro de Saídas de Mercadorias, posteriormente transferidos para o livro de apuração do imposto.

Na mesma planilha foram também detalhadas, mês a mês, as notas fiscais de devolução simbólica processadas pelo Armazém Geral - SP (WAR LOGISTICA E ARMAZENS GERAIS LTDA) em que houve também indevido destaque do ICMS, ensejando o lançamento, pelo estabelecimento autuado, dos créditos fiscais integralmente glosados pela fiscalização, lançados escrituralmente no livro Registro de Entradas de Mercadorias e transferidos, em seguida, para o livro Registro de Apuração do imposto.

Após o cotejamento entre os valores lançados indevidamente a título de débitos e de créditos, vinculados às remessas simbólicas (saídas e retornos/entradas), a empresa autuada afirma remanescer em sua escrita fiscal, créditos indevidos que totalizam o valor de R\$68.645,87.

Instado a se manifestar acerca dos cálculos efetuados pela defesa, o autuante, à fl. 390, concorda parcialmente com os resultados apresentados na manifestação do contribuinte, com exceção dos períodos mensais de setembro a dezembro de 2008 e de junho a julho de 2009. É que nesses períodos a empresa autuada apurou débitos indevidos maiores que os créditos indevidos. Na apuração do autuante o creditamento indevido, após exclusão daqueles meses em que houve débitos fiscais em valores superiores aos créditos fiscais, totaliza a cifra de R\$138.547,12, conforme detalhamento constante da planilha juntada às fls. 391/392.

A empresa, por sua vez, na manifestação acostada às fls. 397/398 dos autos, reitera que não agiu de má fé e que devem ser considerados no cálculo da infração 02, além daqueles já apurados após a revisão fiscal efetuada pelo autuante, os valores que foram lançados a débito do imposto nos meses de setembro a dezembro de 2008 e nos meses de junho a julho de 2009. Postula que o A.I, no item 02, seja reduzido para a cifra de R\$66.201,42.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de duas imputações conforme foi detalhadamente exposto no Relatório parte integrante do presente Acórdão.

No tocante à infração 01, relacionada à cobrança do ICMS VINCULADO AO PROGRAMA DE INCENTIVO DESENVOLVE, foi apurado erro imputável ao sujeito passivo na determinação da parcela do imposto sujeita à dilação de prazo de recolhimento. Não houve contestação, por parte do contribuinte, dessa exigência fiscal que totalizou a cifra de R\$36.442,77. A inexistência de impugnação dos fatos e valores lançados implica em reconhecimento tácito do cometimento da infração. Aplica-se ao caso o disposto no art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, com a seguinte redação: *“Art. 140 – O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”*. O Item 01 do A.I., portanto, é totalmente procedente.

Na infração 02, a exigência fiscal recaiu sobre o creditamento indevido de ICMS nas operações de retorno simbólico de armazém geral localizado em outra unidade da Federação, cuja operação é alcançada pela não incidência do imposto. A referida operação deveria ter sido acobertada por nota fiscal, sem destaque do ICMS, em conformidade com o disposto no art. 681, § 1º, do

RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Observo, entretanto, que a questão demanda maior detalhamento, visando o entendimento dos fatos verificados na ação fiscal e a correta e justa aplicação da legislação do ICMS.

A empresa autuada é uma vinícola, localizada do Estado da Bahia, no município de Casa Nova, que no período fiscalizado firmou com a empresa War Logística e Armazéns Gerais Ltda., situada na capital no Estado de São Paulo, contrato de depósito a fim de que seus produtos (principalmente vinhos e sucos de uva) tivessem com aquele estabelecimento um ponto de partida até os consumidores finais objetivando operacionalizar de forma satisfatória e com maior eficiência as suas operações de vendas no território paulista.

Ficou constatado nos autos, que as operações de saídas reais ou físicas dos produtos fabricados pela Vinícola Ouro Verde para a empresa War Logística e Armazéns Gerais Ltda. – sediada em São Paulo, foram tributadas normalmente, à alíquota interestadual, seguindo a prescrição normativa contida no art. 677, inc. I, letra “e”, do RICMS/97, aplicável aos fatos geradores fiscalizados (**Saída de Mercadorias para Armazém Geral Localizado em Estado Diverso Daquele Onde Esteja Situado o Estabelecimento Destinatário**).

Foi certificado que essas operações de remessa real para o estabelecimento de Armazém Geral localizado em outra unidade da Federação geraram imposto em favor do Estado da Bahia.

Por sua vez, na etapa subsequente verificada no território de São Paulo, através de operações promovidas pelo referido Armazém Geral nas saídas por conta e ordem da Vinícola para clientes/consumidores finais, houve, igualmente, emissão de notas fiscais, com tributação pelo ICMS, dando cumprimento ao disposto no art. 673, § 2º, inc. I, letra “d”, do RICMS/97, em conjunto com as prescrições da legislação paulista (**Saída de Mercadorias de Armazém Geral Localizado em Estado Diverso Daquele Onde Esteja Situado o Estabelecimento Depositante com Destino a Outro Estabelecimento**).

No entanto, a Vinícola Ouro Verde, ora impugnante, em latente desatenção à legislação baiana, por ocasião das vendas das mercadorias, emitia também notas fiscais de saídas para os adquirentes finais situados em São Paulo como se as operações tivessem ocorrido através de armazém geral localizado no Estado da Bahia. Em decorrência disso, a impugnante realizava, indevidamente, em desacordo com o previsto no art. 673, § 2º, inc. II, letras “a”, “b”, “c” e “d”, do RICMS/97, os respectivos destaques do ICMS nos documentos fiscais por ela emitidos, muito embora as mercadorias tivessem como ponto de saída o Armazém Geral situado no município de São Paulo, Estado em que se processava a efetiva circulação física dos produtos comercializados para os clientes da autuada. Essas notas fiscais de remessas simbólicas deveriam ter sido emitidas pela autuada sem destaque de ICMS no campo “débito do imposto”.

Em contrapartida, o Armazém Geral, estabelecido em São Paulo, após a realização das operações de vendas aos clientes da autuada, por conta e ordem desta, emitia notas fiscais, também com destaque indevido do ICMS, relativamente aos retornos simbólicos das mercadorias para o estabelecimento da impugnante, situado no território baiano, em contrariedade ao disposto no art. 681, § 1º, do RICMS-BA, conforme já indicado linhas acima.

Sustenta a defesa que o seu proceder ainda que em inobservância à legislação do ICMS do Estado da Bahia não acarretou prejuízo para o erário, que resultasse em falta de pagamento do tributo, uma vez que não se vislumbrou com tal prática o recolhimento a menor de imposto ou o creditamento indevido. Pontuou, que ao emitir as notas de vendas, mesmo que de forma equivocada, o respectivo destaque do ICMS foi realizado e pago pela impugnante, gerando, em decorrência, o direito ao crédito, o qual restou configurado por meio das notas fiscais emitidas pelo armazém geral quando da devolução simbólica das mercadorias comercializadas.

O autuante, por sua vez, glosou os créditos relativos a todas as entradas em retorno simbólico, não observando, ao tempo da ação fiscal, qual o tratamento dado pelo contribuinte nas notas fiscais de saídas, a título de remessas simbólicas, também emitidas pelo autuado.

Na informação fiscal o autuante consignou haver plausibilidade nos argumentos do contribuinte, fazendo referência inclusive a um possível processo de restituição.

Ainda na peça informativa, apesar de ter afirmado ser inafastável a procedência da autuação, ponderou que a conduta do contribuinte pode não ter gerado prejuízo ao Tesouro da Bahia, vez que o imposto indevidamente destacado ensejaria crédito aos contribuintes situados fora do Estado. Porém o autuante vislumbrou dificuldades para a empresa autuada obter anuência de milhares de adquirentes apontados nas notas fiscais de saídas em relação ao imposto indevidamente destacado.

Foi, então, considerada, na informação fiscal, a hipótese de abatimento do crédito indevido com os valores dos débitos também indevidos, erroneamente destacados nas saídas ocorridas no mesmo período mensal. Seguindo essa linha de entendimento, o autuante apresentou, na peça informativa, uma solução, avaliada como a razoável e sem maiores danos ao Tesouro Estadual. Visando auxiliar o Colegiado da JJF na visualização desta alternativa e como antecipação de uma possível diligência, o autuante elaborou planilhas contendo demonstrativos dos créditos indevidos resultantes do abate dos débitos também indevidos nas saídas, nos respectivos períodos mensais, conforme anexos às folhas 192/282 e detalhamento das operações, por notas fiscais e correspondentes CFOPs. A quantificação do novo valor do débito para a infração 02 foi, por sua vez, consolidado no demonstrativo de apuração mensal, juntado às fls. 190/191, totalizando a cifra de R\$285.493,72.

O colegiado da Junta de Julgamento, diante dos fatos relatados no processo e frente à solução vislumbrada pelo autuante para o acertamento do crédito tributário lançado, determinou que o PAF fosse convertido em diligência ao autuante visando o estabelecimento de vinculações entre os documentos emitidos para acobertar as saídas e retornos simbólicos que resultaram em créditos e débitos indevidamente lançados na escrita fiscal do sujeito passivo. No mesmo procedimento, foi também determinado que o autuante demonstrasse e explicitasse, de forma detalhada, a metodologia adotada na elaboração das planilhas anexadas na fase de informação fiscal, concedendo-se, em seguida prazo de 30 (trinta) dias para que o contribuinte pudesse se manifestar no processo, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O referido pedido de diligência foi apensado às fls. 290/291 dos autos.

Em nova deliberação do colegiado da JJF (fls. 316/317), o prazo para manifestação do sujeito passivo foi objeto de prorrogação por mais 30 (trinta) dias, diante da complexidade dos números envolvidos na autuação. Findo o prazo estabelecido, o contribuinte, em nova petição firmada por seus representantes legais, apresentou os demonstrativos (planilhas – fls. 326 a 387), com o detalhamento das operações com débito de ICMS, acobertadas pelas notas fiscais de remessa para o Armazém Geral, localizado em SP (*WAR LOGISTICA E ARMAZENS GERAIS LTDA*), e as notas fiscais de vendas (remessas simbólicas) para seus clientes localizados também em SP, sendo que nestes documentos relacionados às remessas simbólicas ficou demonstrado documentalmente que houve o indevido destaque do imposto e os correspondentes lançamentos dos débitos na escrita fiscal do autuado, no livro Registro de Saídas de Mercadorias, posteriormente transferidos para o livro de apuração do imposto.

Na mesma planilha foram também detalhadas, mês a mês, as notas fiscais de devoluções simbólicas processadas pelo Armazém Geral - SP (*WAR LOGISTICA E ARMAZENS GERAIS LTDA*) em que houve também a demonstração probatória do indevido destaque do ICMS, ensejando o lançamento, pelo estabelecimento autuado, dos créditos fiscais integralmente glosados pela fiscalização e lançados escrituralmente no livro Registro de Entradas de Mercadorias e transferidos, em seguida, para o livro Registro de Apuração do imposto.

Após o cotejamento entre os valores lançados indevidamente a título de débitos e de créditos, vinculados às remessas simbólicas (saídas e retornos/entradas), a empresa autuada afirma remanescer em sua escrita fiscal, créditos indevidos que totalizam o valor de R\$68.645,87.

Instado a se manifestar acerca dos cálculos efetuados pela defesa, o autuante, à fl. 390, concorda parcialmente com os resultados apresentados na manifestação do contribuinte, com exceção dos períodos mensais de setembro a dezembro de 2008 e de junho a julho de 2009. É que nesses períodos mensais a empresa autuada apurou débitos indevidos maiores que os créditos indevidos. Na apuração do autuante, o creditamento indevido, após exclusão daqueles meses em que houve débitos fiscais em valores superiores aos créditos fiscais, totalizou a cifra de R\$138.547,12, conforme detalhamento constante da planilha juntada às fls. 391/392.

A empresa, por sua vez, na manifestação acostada às fls. 397/398 dos autos, reitera que não agiu de má fé e que devem ser considerados no cálculo da infração 02, após revisão fiscal, os valores que foram lançados e apurados a débito do imposto, nos meses de setembro a dezembro de 2008 e nos meses de junho a julho de 2009.

Nessa perspectiva e diante dos números e provas apresentados nos autos no decorrer da instrução processual, adoto na solução dessa lide o entendimento reiterado deste CONSEF e explicitado na Lei 7.014/96 de que só remanesce a acusação de creditamento indevido quando após análise da conta corrente fiscal do contribuinte se constata que os lançamentos dos créditos ilegítimos, pelas entradas reais ou simbólicas, suplantam os débitos advindos das operações de saídas, reais ou simbólicas do contribuinte, repercutindo em recolhimento a menor do imposto nos respectivos períodos de apuração mensal.

Partindo-se dessa premissa é que se determinou a realização de duas sucessivas diligências, conforme termos de fls. 290/291 e fls. 316/317. Buscou-se, nessas revisões, se dar plena e total eficácia ao princípio da verdade material, com o objetivo de se obter a certificação da real repercussão financeira dos lançamentos efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal no tocante aos débitos e créditos indevidamente destacados nos documentos fiscais de remessas e retornos simbólicos, realizadas entre o estabelecimento autuado e a empresa de armazenagem, localizada em São Paulo, com posterior registro dessas operações nos livros destinados à apuração do ICMS.

Após esse acertamento restou demonstrada como único ponto de divergência entre autuante e autuado, os valores relacionados aos períodos mensais de setembro a dezembro de 2008 e de junho a julho de 2009. É que nesses períodos a empresa autuada apurou débitos indevidos maiores que os créditos indevidos, de forma que a acusação de crédito indevido resultou desconstituída, porém, remanescendo valores, nesses meses, de pagamentos de ICMS a maior em favor do Estado.

A autuada, na sua última intervenção nos autos, através da Manifestação acostada às fls. 397/398, e na intervenção operada na sessão de julgamento, via sustentação oral promovida por seu advogado, Dr. João Carlos Franzoi Basso (procuração - fl. 287), esclareceu que os débitos a maior apurados nos meses acima referidos estão relacionados a operações de devolução de vendas promovidas por seus clientes situados em São Paulo.

Essas operações de devolução não devem compor a revisão da conta corrente do ICMS processada pelo autuante e pela empresa, nas sucessivas revisões determinadas por esta JJF, visto que são fatos posteriores e estranhos à autuação. Cingiu-se a revisão da conta corrente fiscal do ICMS tão somente às operações de remessas e retornos simbólicos verificados entre o estabelecimento autuado e o Armazém Geral estabelecido em São Paulo, ou seja, aos débitos e créditos indevidos destacados nos documentos fiscais emitidos por estes contribuintes. Já as transações comerciais posteriores promovidas pelo Depósito Fechado em São Paulo, por conta e ordem da Vinícola, inclusive os eventuais desfazimentos de negócios e devoluções de vendas, não integram as operações revisadas e devem ser objeto de processo autônomo de iniciativa do

contribuinte, dentro do prazo decadencial para que possa ser processado o eventual e possível pedido de restituição de indébito.

Frente ao acima exposto, a infração 02 fica reduzida de R\$1.946.458,31 para R\$138.547,12, adotando-se na solução da lide, as razões de fato e de direito acima expostas e os valores mensais apurados pelo autuante, na revisão de fls. 390/391, com correspondente Demonstrativo de Débito anexado à fl. 392.

No que se refere à penalidade lançada no item 02 no Auto de Infração, no percentual de 60% do valor do imposto, remanesce a cobrança vinculada ao principal em razão do contribuinte não ter comprovado a absorção integral dos créditos indevidos com os débitos também indevidos, após revisão da sua conta corrente fiscal nas duas diligências determinadas por este órgão julgador.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207102.0009/13-5**, lavrado contra **VINÍCOLA OURO VERDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$174.989,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a alteração promovida pelo Dec. nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR