

PROCESSO - A. I. Nº 206833.0005/05-7  
RECORRENTE - OXITENO NORDESTE S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0089-05/06  
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO  
INTERNET - 05/07/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0271-12/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. E/OU NÃO DESTACADO. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. MERCADORIA PROCEDENTE OU DESTINADA A OUTRO ESTADO. Exigibilidade do tributo, por não restar provado se tratar de devolução de empréstimos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide. São objetos do presente Recurso Voluntário apenas as seguintes infrações, as quais foram julgadas procedentes em Primeira Instância:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$10.308,90, em decorrência do seu destaque a maior nos documentos fiscais. Trata-se de recebimento em devolução de produto fungível com alíquota de 12%, ao invés de 7%, como seria o correto.
2. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$1.345,69, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Trata-se de devolução de produto fungível com a alíquota de 7% (Nota Fiscal nº 11041), enquanto o correto seria de 12%.

O autuado apresentou defesa e, em relação às infrações 3 e 5, explicou que agiu de acordo com o Convênio ICMS 54/00, que preconiza a adoção da mesma alíquota constante do documento que acobertou a operação de recebimento de mercadoria. Salientou que o citado Convênio não distingue a natureza da mercadoria quanto à fungibilidade. Concluiu pela improcedência da ação fiscal quanto aos itens impugnados.

Na informação fiscal, o autuante afirmou que não há como se devolver um produto se o mesmo foi consumido na produção. Ressaltou que a devolução só foi feita bem após o empréstimo, variando de quarenta e cinco dias a nove meses. Aduziu que os alegados “empréstimos” são, em verdade, operações destinadas a suprir as duas empresas de matérias primas e, portanto, não se pode aplicar o tratamento de devolução a essas operações. Opinou pela procedência da autuação.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida, em síntese, assim se pronunciou:

[...]

*Entendo que na linguagem coloquial empréstimo significa a entrega de um bem ou mercadoria a alguém, e este passa a assumir a obrigação de restituí-lo em um prazo acordado. Para o direito, a classificação deste instituto se vincula a forma como se deve ser feita a devolução: mútuo, que é o empréstimo de coisas fungíveis (que podem ser consumidas no processo produtivo) e comodato (devolução do mesmo bem ou mercadoria - infungíveis). Como as mercadorias foram consumidas, conforme afirmado pelo autuante e não contraditado pela empresa, devemos ter em análise que o mútuo é o instituto jurídico a ser analisado para o deslinde da questão aqui posta. A doutrina aceita que o mútuo seja provado por todo o gênero de prova admitido em direito. Ocorre, porém que o autuado não apresentou provas da existência desse contrato. Não disse nem mesmo qual o prazo acordado para a devolução das mercadorias. Não se referiu também ao percentual de juros cobrado*

(art. 591 do CC), já que se tratam de duas empresas distintas e com ampla variação no prazo de devolução. Ressalto que é imposto a uma empresa do porte econômico do autuado, uma S.A, uma série de controles, visando a documentar suas operações, assegurando assim o direito de seus acionistas. No meu entender, não parece crível que o sujeito passivo tributário tenha realizado operações como as autuadas, desvinculadas de quaisquer documentos ou garantias, fugindo assim a lógica empresarial. Diante desta situação e em obediência ao art. 123, do RPAF/99, mantenho as infrações 3 e 5.

O recorrente apresenta Recurso Voluntário, no qual alega que, de acordo com a Decisão recorrida, o empréstimo de mercadorias fungíveis se opera pelo instituto do mútuo, sendo que tais mercadorias podem ser consumidas no processo e devolvidas posteriormente ao remetente. Diz que esse posicionamento da Junta de Julgamento Fiscal, por si só, já é suficiente para declarar a total improcedência do Auto de Infração.

Sustenta que nas operações em tela aplicou a regra determinada pelo Convênio ICMS 54/00, do qual os Estados da Bahia e de São Paulo são signatários. Diz que seguiu estritamente o previsto na legislação, pois o referido Convênio descreve, em caráter genérico, que em qualquer operação interestadual de devolução deve ser aplicada “a mesma alíquota constante do documento que acobertar a operação anterior de recebimento da mercadoria ou bem”.

Destaca que as premissas que nortearam a Decisão recorrida se mostram incorretas, pois a realização de operação envolvendo mútuo não pressupõe a existência de contrato escrito entre as partes. Alega que, segundo o Código Civil, a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir e, no caso do mútuo, o Código Civil não prevê nenhuma formalidade. Salienta que, nas operações arroladas na autuação, a nota fiscal de saída de empréstimo é o documento hábil para comprovar o tratado entre as empresas.

Argumenta que é equivocada a Decisão de exigir o requisito de prazo para as devoluções, pois, nos termos do art. 593, III, do Código Civil, “não sendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será do espaço de tempo que declarar o mutuante, nas contratações de qualquer coisa fungível”. Aduz que os juros, porventura cobrado no caso de atraso da devolução, não se configuram como requisitos para finalidades fiscais.

Refuta a alegação de que não possui controle dos empréstimos que efetua, uma vez que todos os documentos que registram os mútuos foram identificados pelo autuante e estão registrados nos livros fiscais e contábeis do recorrente. Diz que não há na legislação qualquer determinação que obrigue as empresas a terem contratos escritos para efetuar e empréstimos de mercadorias fungíveis, pois, diferentemente do comodato, trata-se de uma operação tributada pelo ICMS.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Acórdão recorrido seja reformado, para que as infrações 3 e 5 sejam julgadas improcedentes.

Ao exarar o Parecer de fls. 313 a 316, o ilustre representante da PGE/PROFIS, inicialmente, discorre sobre contrato de mútuo, bem como tece considerações sobre o princípio da não-cumulatividade do ICMS. Em seguida, diz que está de acordo com o entendimento da 5ª JJF, pois a duração prolongada dos supostos contratos formatados pelo recorrente seria razão suficiente para o não acolhimento da utilização dos créditos fiscais. Sustenta que há necessidade da prova da formalização dos negócios jurídicos em questão, sob pena de uma temerária engenharia dos fatos para utilização indevida de créditos fiscais. Menciona que o princípio da não-cumulatividade está fundamentado no princípio da identificação da mercadoria posta em circulação. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

O presente Recurso Voluntário cinge-se às infrações 3 e 5, as quais tratam de operações interestaduais de envio e de recebimento de mercadorias fungíveis – Noneno, Fenol e Sorbital – com erros na aplicação das alíquotas, ensejando a utilização indevida de crédito fiscal (infração 3) e o recolhimento a menos do ICMS devido (infração 5).

Alega o recorrente que agiu em conformidade com o disposto na Cláusula primeira do Convênio

ICMS 54/00. Contudo, examinando esse referido dispositivo legal, constata-se que o mesmo trata de devolução total ou parcial de mercadoria ou bem em operação interestadual. No caso em lide, conforme bem explicado pelo autuante na informação fiscal, não houve uma operação de devolução, já que os produtos foram consumidos na produção do estabelecimento destinatário e, bem mais tarde, quantidade equivalente à recebida foi enviada ao estabelecimento de origem. Essas operações arroladas no lançamento caracterizam verdadeiras transferências interestaduais de matérias-primas, efetuadas entre estabelecimentos de uma mesma empresa. Nessa situação, não se pode aplicar o disposto no Convênio ICMS 54/00, uma vez que não se tratam de operações de devoluções e, sim, de transferências.

Não acolho a alegação recursal de que a Decisão recorrida é, por si só, suficiente para declarar a improcedência das infrações em tela, pois a conclusão da Primeira Instância foi exatamente pela manutenção das infrações.

Quanto à inexistência de contratos escritos e de controle das operações realizadas, entendo que, para empresas do porte da recorrente, são cuidados básicos adotados para documentar as operações e respaldar os lançamentos efetuados na escrituração contábil. Contudo, mesmo considerando que o recorrente não está obrigado a possuir esses elementos probantes, as infrações subsistem integralmente, pois as operações de transferências estão comprovadas.

No que tange ao prazo para a devolução das mercadorias, não é razoável admitir que as matérias-primas tenham permanecido, por até nove meses, no estabelecimento de destino antes de serem devolvidas ao remetente. Entendo que esse fato é mais uma prova de que as operações arroladas nas infrações em tela não são simples devoluções, como alega o recorrente.

Determina a legislação tributária estadual que o crédito fiscal referente a mercadorias provenientes de estados da Região Sudeste somente será admitido se calculado à alíquota de 7%. Já nas operações que destinam mercadorias a estados localizado na Região Sudeste, o imposto deverá ser destacada à alíquota de 12%. Dessa forma, as infrações 3 e 5 estão caracterizadas e, portanto, foi correta a Decisão recorrida, a qual não merece qualquer reparo.

Pelo acima exposto, e em consonância com o opinativo da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206833.0005/05-7, lavrado contra **OXITENO NORDESTE S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.712,25**, sendo R\$22.092,72, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$19.619,53, acrescido da multa de 60% prevista no mesmo dispositivo legal e dos acréscimos legais, além dos acréscimos moratórios no valor de **R\$2.084,93**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VIII, da Lei nº 7.014/96, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos mediante utilização de certificado de crédito.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS