

A. I. Nº - 271330.0003/05-3  
AUTUADO - COPENOR CIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE  
AUTUANTE - JORGE VICTOR GRAVE  
ORIGEM - IFEP/DAT-METRO  
INTERNET - 27/03/2006

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N.º 0081-05/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO; **b)** IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL; **c)** SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL NÃO VINCULADO A OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTADAS; **d)** RELATIVO À FRETE DE MERCADORIAS EM SAÍDAS POR TRANSFERÊNCIA A PREÇO FOB, CUJA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE FOI EFETUADA POR TRANSPORTADORA; **e)** POR NÃO HAVER A MERCADORIA ENTRADO NO ESTABELECIMENTO; **f)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS QUE FORAM INTEGRADOS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. ATIVO ESTE QUE NÃO ESTÁ VINCULADO DIRETAMENTE AO PROCESSO PRODUTIVO; **g)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infrações caracterizadas, a exceção da referente ao imposto não destacado em documento fiscal, uma vez que ficou comprovada que se tratava de operação tributada, cujo crédito o autuado tinha direito, ocorrendo tão somente uma irregularidade de caráter formal. 2. OMISSÕES DE RECEITAS TRIBUTÁVEIS. EMISSÕES DE NOTAS DE DÉBITO PARA COBRANÇA DE JUROS SOBRE VENDAS A PRAZO. Restou comprovado que as notas de débito referem-se à cobrança de juros moratórios, onde não há incidência do imposto. Infração elidida. 3. ALÍQUOTA. **a)** FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO EM OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS, ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Trata-se de venda de mercadoria amparada pelo diferimento, cuja exigência do imposto se dá em momento posterior. Infração não caracterizada; **b)** ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS INTERESTADUAIS. Infração comprovada. 4. BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DOS VALORES DAS PRESTAÇÕES INTERMUNICIPAIS DOS SERVIÇOS DAS LOCADORAS NOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PESSOAL. Infração subsistente. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. MULTA. Os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados para Emissão de Documentos Fiscais e/ou Escrituração de livros Fiscais (SEPD) deverão entregar, ao Fisco, quando intimados, os arquivos magnéticos com registro fiscal (por item de

mercadoria) dos documentos emitidos por qualquer meio, contendo a totalidade das operações de entradas, de saída e das prestações efetuadas. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/04/05, exige ICMS no valor de R\$177.089,14, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, além da multa no valor de R\$103.845,25, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento” (material utilizado no tratamento da água) – R\$7.388,14;
2. “Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is)” – R\$2.373,19;
3. “Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentares, ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios” (emissão de notas de débito para cobrança de juros sobre vendas a prazo e para venda de sucata) – R\$20.351,21;
4. “Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios” (saída de mercadoria tributável – formiato de sódio – sem o destaque do imposto em operação não amparada por benefício fiscal) – R\$40.388,35;
5. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a processo de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas” R\$2.269,85;
6. “Utilizou indevidamente, na condição de remetente da mercadoria, crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora” – R\$27.527,98;
7. “Recolheu a menor ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas” (saída de mercadoria tributável em operação interestadual de bem fungível – metanol – com alíquota incorreta) – R\$11.387,90;
8. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado” – R\$107,74;
9. “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas Prestações de Serviço de Transporte Rodoviário” – R\$628,33;
10. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento” (material de uso/consumo do estabelecimento e o respectivo diferencial de alíquotas de mercadorias indevidamente classificadas como ativo) – R\$24.760,95;
11. Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas” (apresentou arquivos magnéticos faltando as operações praticadas em 31/10/02 e com notas fiscais sem a descrição do produto ou mercadoria) – R\$103.845,25;
12. “Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal (is)” – R\$39.905,50.

O autuado, por intermédio de seus advogados, apresenta impugnação, às fls. 145 a 177, inicialmente informando que providenciou a quitação dos valores exigidos nas infrações 1, 5 e 9.

Quanto às demais infrações, se manifesta nos seguintes termos:

Infração 2 – diz que efetivou duas operações de remessa para industrialização, com posterior retorno, consistentes no beneficiamento de dois catalisadores de formol, consoante as notas fiscais nºs 015.874 e 016.755, e retorno simbólico dos insumos utilizados na fabricação através das notas fiscais de retorno nºs 5379 e 11476, emitidas pela OMG Brasil Ltda. Alega que por equívoco, a empresa citada não fez constar no bojo dos aludidos documentos fiscais de retorno, o valor do ICMS apurado, razão porque foram emitidas a notas fiscais complementares nºs 5473 e 11559, com o fito de regularizar a operação, cujo imposto correspondente a remessa das mercadorias foi devidamente destacado. Entende que utilização do crédito fiscal em questão está amparada no que dispõe o §4º, do art. 93, do RICMS/97, em função da regular emissão das notas fiscais complementares na forma definida na legislação. Acrescenta que apenas fez constar em seus registros uma saída, com recolhimento dos impostos incidentes, bem como uma única entrada tributada, para fins de apropriação do crédito devido. Assim é que informa não ter apropriado crédito para a nota fiscal nº 5379 (retorno), utilizando apenas o que foi destacado na nota fiscal nº 5473 (complementar). No entanto, reconhece que adotou procedimento diverso em relação à nota fiscal de retorno nº 1476, pois não registrou no seu Livro de Entrada a nota fiscal complementar nº 11559, porém fez constar o crédito quando do registro da nota fiscal de retorno (1476). Entende que tal fato não causou prejuízo ao fisco, dizendo que só se apropriou do crédito uma única vez.

Infração 3 – afirma existir vinculação entre a nota de débito nº 31/2001 (fl. 209), e as notas fiscais de nºs 013.090, 013.093 e 013.287 (fls. 210 a 212), alegando que a nota de débito mencionada refere-se à exigência de juros moratórios relativa a operação com a Eucatex Química e Mineral Ltda, que não foi paga da forma inicialmente pactuada (a vista), negando, dessa forma, a cobrança de juros compensatórios (sobre vendas a prazo) como entende o autuante. Transcreve o art. 55, II, do RICMS/97, bem como a ementa do Acórdão CJF nº 0074/12-02, como o fito de demonstrar que não há incidência do imposto sobre juros de mora. No que tange à nota de débito nº 13/2001, explica que a mesma foi emitida visando o simples reembolso das despesas realizadas pela Copenor quando dos reparos no telhado da guarita de entrada, danificados por funcionário da transportadora TQUIM – Transportes Químicos Especializados Ltda. Conclui que também nesse caso não há ocorrência de fatos geradores do ICMS.

Infração 4 - explica que realiza operações comerciais de venda do produto “formiato de sódio” para a empresa Campelo Ind. e Com. Ltda, dizendo que o destinatário é uma indústria que utiliza o referido produto para desenvolvimento de suas atividades de curtimento de peles e couros. Aduz que o Governo do Estado editou o Decreto nº 6.734/97, instituindo o diferimento no lançamento do ICMS devido em face de determinadas operações internas efetuadas por contribuintes industriais, dentre as quais se incluem as operações ora questionadas. Transcreve os artigos 2º e 3º do mencionado decreto, visando comprovar que as operações retratadas tratam-se de vendas internas de insumos, realizadas com contribuinte industrial atuante no ramo de curtimento, garantido ao mesmo o diferimento sobre as aquisições dos produtos necessários ao fabrico a que se destina.

Infração 6 - diz que a operação em análise é relativa à transferência de formiato de sódio (produto fabricado pela empresa) para sua filial estabelecida em Sorocaba-SP, remetida mediante a contratação de empresas transportadoras. Afirma que apurou e efetuou o recolhimento dos valores do imposto devido, na condição de substituta tributária, em face dos serviços de fretes, entendendo, dessa forma, que adquiriu o direito ao respectivo lançamento em seu livro de

registro, assim como à apropriação dos créditos fiscais correspondentes, nos termos do art. 382, I, do RICMS/97.

Infração 7 – afirma que realizou empréstimo junto a empresa Prosint Química S/A, obtendo 779.600.000 toneladas de metanol. Alega que a referida mercadoria foi totalmente devolvida através da nota fiscal nº 15.970 (fl.510), aplicando a alíquota de 7% (devolução de empréstimo), atendendo a legislação vigente, pois retornou para o Estado do Rio de Janeiro. Transcreve o art. 651, do RICMS/97, dizendo que o autuante se equivocou ao considerar que deveria ter sido aplicada a alíquota de 12%. Tece ainda comentários sobre a definição de bens fungíveis, aduzindo que o art. 85, do Código Civil diz que são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Entende que o empréstimo consiste em simples circulação física, não havendo incidência do imposto.

Infração 8 – alega que efetuou diversas vendas de pentaeritritoal para a empresa Tintas Coral Ltda, sendo que em uma delas (nota fiscal nº 13.576) houve alteração do preço do produto em face de reajuste aplicado. Explica que como a Coral constatou a ocorrência de equívoco no cálculo do índice aplicado, o que resultaria em uma apropriação de crédito a maior, encaminhou nota fiscal de devolução de valores sob nº 10.925, onde consta a indicação da quantia paga a maior. Ao dizer que o imposto tem por fundamento a circulação econômica, entende que não houve apropriação indevida de crédito fiscal.

Infração 10, inicialmente tece comentários a respeito do que consiste Ativo Permanente, concluindo que todos os bens adquiridos e mantidos por uma empresa para uso na produção ou fornecimento de mercadorias ou serviços fazem parte do ativo imobilizado. Explica que as mercadorias questionadas foram adquiridas para a construção da Dutovia Copenor/Monsanto. Entende que a Dutovia consiste em parte integrante da Planta Industrial de Formol da Companhia, servindo como forma de ligar a empresa autuada a fábrica Monsanto, principal comprador de ácido acetílico, cujo transporte por essa via evita riscos de acidentes ambientais. Diz que a Dutovia em questão consiste em bem essencial ao exercício das atividades da Copenor, sendo parte integrante do seu ativo imobilizado destinado à produção. Reproduz pronunciamento do Instituto de Auditores Independentes – Ibracon, com o intuito de amparar seu entendimento de que tem direito à utilização do crédito do imposto em análise.

Infração 11 – solicita sua nulidade, sob alegação de que a descrição da infração não condiz com o enquadramento legal indicado, nem tampouco com a multa aplicada. Entende também que a descrição da infração é imprecisa e que tais circunstâncias cercearam-lhe o direito de defesa. Diz que caso o CONSEF não tenha tal entendimento, salienta que o arquivo magnético, relativo ao mês de outubro/02, foi entregue a Secretaria consoante cópia de protocolo tombado sob o nº 0404053755. Ressalta, portanto, que não há do que se falar em não apresentação do programa SINTEGRA, muito menos em ausência de informações, vez que todos os dados exigidos foram devidamente informados.

Infração 12, alega que o autuante não levantou a totalidade dos CTRC's no período examinado. Afirmando que não existiu apropriação de crédito a maior, anexa planilhas às fls. 619 e 621 para contrapor as apresentadas pelo autuante.

O autuante, em informação fiscal (fls. 628 a 643), prestou os seguintes esclarecimentos:

Infração 2: diz que a prova material trazida aos autos (fls. 129/130) aliada a confissão do autuado de que se apropriou de crédito de ICMS em nota fiscal sem destaque do imposto são suficientes para comprovar o cometimento da infração;

infração 3: quanto à nota de débito nº 31/2001, diz que através dela foi efetuada a cobrança de juros por “prorrogação de títulos” em operação de venda que passou de “a vista” para “a prazo”.

Entende que os juros compensatórios, cobrados via documento extra fiscal, devem ser alcançados pela tributação do ICMS. Ressalta que se tivesse havido “refaturamento” como alega o autuado, ter-se-ia que cancelar a nota fiscal fatura emitida anteriormente, o que não foi feito. Em relação à nota de débito nº 13/2001 (fl. 214), diz que a questão é mais simples, pois se trata de uma saída de sucata. Acrescenta que a saída de sucata é fato gerador do ICMS, e que deveria ser tributada.;

infração 4: explica que o autuado aliena o produto formiato de sódio para a empresa Campelo Ind. Com. Ltda, e que esta apenas faz a curtição do couro para venda a outras indústrias. Afirma que estas últimas é que fabricam com o couro curtido calçados, bolsas, cintos, etc. Entende que a Indústria Campelo não está em nenhum dos ramos de atividade descritos no art. 2º, do Decreto nº 6.734/97, portanto sem direito ao diferimento na aquisição de insumos;

infração 6: aduz que a defesa apegue-se a questão formal da tributação do frete o que não é o caso, mas sim o aproveitamento dos créditos em transferências interestaduais. Diz que nas operações de venda a preço CIF o frete compõe a base de cálculo do ICMS, sendo consequentemente tributado integralmente no valor da operação. Explica que como o mesmo frete é tributado pelo prestador de serviço, constando no CTRC, se não houvesse a possibilidade de creditamento por parte do remetente, haveria duplicidade de tributação. No presente caso, ressalta que o crédito não é admissível, pois não existe a duplicidade acima apontada, já que a nota fiscal é emitida considerando o custo da produção (sem o frete) e o CTRC é que contém o destaque do imposto;

infração 7: inicialmente tece considerações a respeito da natureza jurídica de bens fungíveis, definida no Código Civil, concluindo que a fungibilidade decorre da falta de individualização do bem, o qual poderia ser substituído por outro da mesma espécie, desde que mantidas qualidades e quantidade. Em relação ao produto questionado (metanol), que o autuado utiliza como matéria prima em seu processo produtivo, diz que seu uso implicou sua destruição, pela transformação em outros produtos ou pela perda de suas características essenciais. Dessa forma, entende que a operação em análise não pode ser caracterizada como empréstimo, uma vez que por sua natureza de bem fungível, o uso do metanol implica em sua destruição ou transformação. Presta, ainda, esclarecimentos a respeito da diferença entre as operações de “retorno” e “devolução”, aduzindo que as devoluções previstas no art. 651, do RICMS/97, mencionado pelo autuado, dizem respeito ao desfazimento de uma operação que normalmente não deveria ter ocorrido, a exemplo de mercadorias deterioradas, divergência entre o pedido e a marca entregue, quando o destinatário não realizou o pedido, etc. Afirma que a “devolução de empréstimo” não guarda qualquer similaridade com a devolução regulada na legislação. Considera que a nota fiscal emitida pelo autuado como sendo uma “devolução de empréstimo” é na realidade uma nova operação, completamente autônoma da anterior. Por fim, acrescentando que a nota fiscal de origem (fl. 511) e a nota fiscal do “pseudo-retorno” (fl. 510) não apresentam o mesmo valor unitário, ratifica a exigência em análise;

infração 8: diz que a legislação permite excepcionalmente em algumas situações de ausência de circulação física, a circulação simbólica de mercadorias (retornos simbólicos de armazenagem, transferência de crédito), mas que são situações específicas que não podem ser tidas como regra. Entende que o erro alegado pela defesa poderia ter sido facilmente corrigido sem afronta à legislação, sendo suficiente, nesses casos, que o alienante apresente o chamado “desconto incondicional” no valor devido ao seu cliente por operação anterior, no corpo da nota fiscal seguinte da que saiu com valores a maior. Entende que na forma que o autuado procedeu houve a ocorrência de infração à legislação;

infração 10: entende que os materiais questionados são estranhos à atividade do autuado, que os adquiriu para construção de uma dutovia. Acrescenta que a atividade do autuado não se confunde com a de um transportador, sendo, portanto, alheia a sua atividade o transporte de mercadorias

por meio de tubovia. Com relação ao conceito de estabelecimento na legislação do ICMS, argumenta que qualquer visitante que chegue ao estabelecimento autuado, local onde foi processada a ação fiscal, tem que passar, inicialmente, pela Portaria, onde é feita a identificação. Quanto às mercadorias que chegam através de transporte rodoviário também passam pela portaria, onde são conferidas antes da entrada no estabelecimento. Já nas situações em que a mercadoria chega através de dutos (dutovia) diz que existe uma “Portaria” onde é processada a medição, a qual leva o nome de limite de bateria. Argumenta ser desnecessário grande esforço para concluir que os dutos que se situam além do limite da bateria, ou seja, no trecho Copenor até a unidade da Monsanto, não fazem parte do estabelecimento autuado, tratando-se, portanto, de outro estabelecimento, pertencente ao mesmo titular, que deveria ter inscrição autônoma, segundo a legislação do ICMS. Exemplifica uma situação relacionada a tancagem para armazenamento de produtos fora do estabelecimento de qualquer contribuinte, oportunidade em que disse não haver qualquer impedimento na legislação quanto a tal procedimento, mas que no entanto, é obrigatória a inscrição no cadastro de contribuintes, por serem os estabelecimentos autônomos, apesar da mesma titularidade. Transcreve ementa do Acórdão da 2ª CJF nº 0202-12/04, bem como de algumas decisões do STF visando amparar seu entendimento. Por fim, ressaltando que o autuado também não acostou documentação que comprovasse que as mercadorias foram realmente empregadas na dutovia, ratifica o procedimento fiscal;

infração 11: inicialmente entende que a inconsistência material apontada pelo autuado é irrelevante e não trouxe prejuízo à defesa, uma vez que esta apresentou impugnação específica. No mérito informa que o autuado foi seguidamente intimado, no curso da ação fiscal, para correção dos arquivos magnéticos apresentados (fls. 55, 63, 65, 86, 88, 90, 94, 98, 110, 111, 112). Acrescenta que às fls. 90 e 112, foram apontadas diferenças de planilhas oriundas do arquivo magnético, em relação aos livros fiscais. Quanto à cópia do recibo do SINTEGRA anexado pela defesa expõe que apenas atesta a regularidade formal dos registros, mas não o conteúdo dos mesmos. Conclui dizendo que depois de intimada em 02/05/05 para regularizar os arquivos magnéticos, o autuado requereu dilação do prazo através do processo nº 104357/2005-8, mas não efetuou a regularização;

infração 12: esclarece que todos os conhecimentos de transporte fornecidos pelo autuado foram digitados, apurando-se os valores totalizados mensalmente. Acrescenta que apenas nos dois meses que foram objeto da autuação houve discrepância entre os valores dos créditos apropriados e os valores dos CTRC digitados (fls. 43 a 52). Informa que apesar do autuado ter sido intimado a prestar sua justificativa (fl. 84) para a discrepância mencionada, o mesmo não se manifestou, ensejando a autuação.

Ao final, requer a procedência total do Auto de Infração.

Dante das alegações e documentações apresentadas pelo autuado na sua peça defensiva, esta 5ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito, atendesse as solicitações abaixo:

1) no que diz respeito à infração 03, verificasse se efetivamente existe vinculação entre a nota de débito nº 31/2001 emitida pelo autuado (fl. 209), e as notas fiscais de nºs 013.090, 013.093 e 013.287 (fls. 210 a 212), já que o sujeito passivo afirma que a nota de débito mencionada refere-se a exigência de juros moratórios relativa a operação com a Eucatex Química e Mineral Ltda, que não foi paga da forma inicialmente pactuada;

2) no que tange à infração 04, verificasse na empresa que adquire do autuado o produto “formiato de sódio” (Campelo Ind. e Com. Ltda), qual a real destinação desse produto, em relação ao seu processo de industrialização;

- 3) quanto à infração 07, verificasse se a operação efetuada através da nota fiscal nº 15.970 (fl.510) se trata efetivamente de uma devolução, e se a mesma atendeu as exigências legais;
- 4) em relação à infração 10, informasse a finalidade de cada produto elencado pelo autuante no demonstrativo às fls. 37 a 40;
- 5) no que se refere à infração 12, fosse verificado se os valores apresentados pelo autuado, nas planilhas supra citadas, estão amparados pelos respectivos CTRC's.

O fiscal designado a efetuar a diligência, através do Parecer ASTEC nº 247/2005, se manifestou da seguinte forma, às fls. 653 a 655:

*Atendendo ao pedido, intimamos a empresa para apresentar os respectivos documentos fiscais que deram origem às infrações supramencionadas, objeto da peça acusatória, para proceder a verificação conforme pedido da 4ª JJF.*

*A autuada atendeu a intimação na forma solicitada, teceremos a seguir comentários sobre os itens solicitados para diligência fiscal:*

- a) Infração 03: examinando a documentação apresentada, verificamos que a autuada emitiu a nota de débito nº 031/2001 para a cobrança de mora pelo atraso no pagamento pelo destinatário, Eucatex Química e Mineral, do fornecimento de produtos elencados nas notas fiscais nº 013090, 013093 e 013287.
- b) Infração 04: o adquirente do produto “formiato de sódio”, Campelo Ind. e Com. Ltda, localizada em Juazeiro-Ba, utiliza o referido produto para recurtimento do couro e basificador, tratando-se de produto intermediário no processo de industrialização.
- c) Infração 07: verificando a operação albergada pela nota fiscal nº 15970 (fl 510), observamos tratar-se de operação de comercialização de metanol destinada a PROSINT PRODUTOS SINTÉTICOS S.A., localizada no Estado do Rio de Janeiro, que deveria ter sido tributada pela alíquota de 12% com ICMS devido de R\$26.730,96. É pertinente a informação do ilustre auditor fiscal autuante sobre a impossibilidade de devolução de bens fungíveis. A empresa autuada industrializa e comercializa o produto metanol. Segundo informações do seu representante, adquiriu junto à industria do Rio de Janeiro o mesmo produto a título de empréstimo para posterior devolução ao remetente, entretanto, inexiste previsão legal que fixe regras fiscais para esta modalidade de operação mercantil, com incidência reduzida de alíquota.
- d) Infração 10: quanto aos produtos adquiridos pela autuada elencados às folhas 37 à 40, restou comprovado que se destinam a uso e consumo da empresa, por conseguinte a infração está caracterizada. Vale ressaltar que a autuada reconheceu parte da infração, tendo recolhido em 29/04/2005 o valor de R\$16.548,66.
- e) Infração 12: examinamos os conhecimentos de transportes que deram origem às planilhas apensadas aos autos pela autuada nas folhas 619 e 621. Constatamos que alguns documentos elencados no demonstrativo não geram direitos a créditos fiscais tendo em vista que o remetente transportador não destacou o débito fiscal, nesta hipótese, caberia ao tomador dos serviços de transporte exigir a emissão de documento fiscal complementar pelo remetente com o valor do ICMS devido na operação anterior. Ademais, alguns conhecimentos de transporte não foram localizados pelo revisor.

Juntamos a este parecer cópia dos documentos fiscais entregues pela autuada.

CTRNC Nº	ICMS LANÇADO	ICMS DEVIDO	OCORRÊNCIA
11430	281,65	-	Não encontrado
11456	276,33	-	Não encontrado

2920	236,26	-	Não encontrado
11652	289,00	289,20	
16735	253,51	-	Não encontrado
3187	255,91	-	Sem destaque
3189	255,73		Sem destaque
3190	234,91		Sem destaque
3191	255,82		Não encontrado
3192	261,70		Sem destaque
3195	277,14		Sem destaque
3196	262,26		Sem destaque
3197	270,09		Não encontrado
3198	79,35		Não encontrado
3199	271,68		Não encontrado
3203	291,22		Não encontrado
3204	292,41		Não encontrado
12832	275,04	-	Não encontrado

O autuante novamente se manifesta à fl. 982, esclarecendo que a infração 12 não tem como fundamentação o pagamento ou não dos valores relativos ao ICMS dos fretes elencados, mas sim a impossibilidade de apropriação desses valores quando pagos pelos pelo remetente da mercadoria em operação de transferência. Acrescenta que esse entendimento já está consolidado no CONSEF em função de outros julgamentos. Ao final, ratifica novamente a autuação.

O autuado, em nova manifestação (fls. 986 a 996), diz que em relação às informações prestadas na diligência, referentes às infrações 3 e 4, nada tem a opor-se, uma vez que foram atendidas as pretensões do impugnante.

No que diz respeito à infração 7, contesta o entendimento do diligente e volta a ratificar os termos de sua defesa inicial, dizendo que o regulamento prevê o procedimento adotado, independentemente do estado de origem e do tipo de mercadoria. Acrescenta que inexistindo previsão legal para a operação de empréstimo de produtos fungíveis, hipótese sustentada pelo diligente, deve se empregar a analogia, conforme prevê o art. 108, do CTN. Dessa forma, transcreve a súmula 573 editada pelo STF (“Não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato”), entendendo que a mesma corrobora sua tese de inexistência de fato gerador do ICMS.

Quanto à infração 10, inicialmente diz que o valor recolhido não se refere a esta, mas sim é referente às infrações 1, 5 e 9 que foram reconhecidas. Reclama que o fiscal estranho ao feito não atendeu ao que foi solicitado na diligência, limitando-se a emitir juízo de valor, e não informando a finalidade de cada produto questionado. Entende que há a necessidade de nova diligência para responder ao que foi solicitado pelo Relator do processo.

No que tange à infração 12, diz que a autuação foi feita por amostragem e entende que o fiscal estranho ao feito detectou pendências apenas com relação às notas fiscais à fl. 655, mas não em relação às demais notas e valores consignados em seu levantamento às fls. 619 a 621. Considera que existe apenas débito de ICMS para o CTRC nº 11652.

## VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada na infração 11, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

A infração foi descrita nos autos de forma satisfatória, não sendo motivo de argüição de nulidade possíveis erros de enquadramento da situação fática, conforme dispõe o art. 19, de mesmo diploma legal acima citado, haja vista, inclusive, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

No mérito, no que diz respeito às infrações 1, 5 e 9, o autuado reconheceu o cometimento das mesmas, não restando mais lide a ser decidida.

Quanto às demais infrações, após analisar os elementos constitutivos do PAF, chego ao seguinte posicionamento:

infração 2: o autuado comprovou que por equívoco em duas notas fiscais de retorno (5379 e 11476) não foram destacados o imposto, cujo crédito teria direito, motivo de ter emitido duas notas fiscais complementares (5473 e 11559) com o intuito de regularizar as operações, conforme dispõe o §4º, do art. 93, do RICMS/97. Em relação à nota fiscal nº 5379 (retorno), o autuado corretamente não se apropriou do crédito, já que não havia destaque, utilizando apenas o que foi destacado na nota fiscal nº 5473 (complementar). No entanto, adotou procedimento diverso, em relação à nota fiscal de retorno nº 1476, pois, por equívoco, não registrou no seu livro de Entrada a nota fiscal complementar nº 11559, que foi emitida para o uso do crédito não destacado na mencionada nota fiscal de retorno. Todavia, apesar de ter se apropriado equivocadamente do crédito quando do registro da nota fiscal de retorno (nº 1476) onde não havia destaque do imposto, entendo que tal fato não causou prejuízo ao Estado, uma vez que o crédito só foi apropriado uma única vez, ocorrendo apenas uma irregularidade de caráter formal. Infração elidida;

infração 3: em virtude da controvérsia existente entre autuante e autuado sobre o verdadeiro motivo da emissão da nota de débito nº 31/2001, se a mesma se referia a cobrança de juros compensatórios ou moratórios, o processo foi convertido em diligência a fiscal estranho ao feito que constatou que o autuado emitiu a nota de débito, em análise, para a cobrança de mora pelo atraso no pagamento efetuado pelo destinatário Eucatex Química e Mineral, relativo ao fornecimento dos produtos elencados nas notas fiscais nºs 013090, 013093 e 013287. Dessa forma, razão assiste ao autuado, pois não há incidência do imposto sobre juros moratórios. Em relação à nota de débito nº 13/2001 (fl. 214), também entendo que assiste razão ao autuado, uma vez as mercadorias nelas mencionadas não se tratam de sucatas como indicado na autuação. As poucas mercadorias, em questão, efetivamente são materiais de construção, que segundo o autuado a nota de débito foi emitida visando o reembolso de despesas realizadas quando dos reparos no telhado da guarita de entrada, danificados por funcionário da transportadora TQUIM – Transportes Químicos Especializados Ltda. Infração elidida;

infração 4: diante da controvérsia existente, o presente item também foi objeto de diligência, tendo o preposto da ASTEC constado que o adquirente do produto “formiato de sódio”, a empresa Campelo Ind. e Com. Ltda, localizada em Juazeiro-Ba, o utiliza para recurtimento do couro e basificante, tratando-se de produto intermediário no seu processo de industrialização. Dessa forma, entendo que razão assiste ao autuado quando afirma que o destinatário é uma indústria que utiliza o referido produto para desenvolvimento de suas atividades de curtimento de peles e couros, e que o Decreto nº 6.734/97, estabeleceu o diferimento no lançamento do ICMS devido em face de determinadas operações internas efetuadas por contribuintes industriais, dentre as quais se incluem as operações ora questionadas. Portanto, as operações em questão tratam-se de vendas internas de insumos, realizadas para contribuinte industrial atuante no ramo de curtimento, sendo garantido ao mesmo o diferimento do imposto sobre as aquisições dos produtos necessários ao fabrico a que se destina. Infração elidida;

infração 6: concordo com o autuante quando afirma que, no presente caso, o crédito não é admissível, pois não existe a duplicidade apontada pelo autuando em sua defesa, já que a nota fiscal é emitida considerando o custo da produção (sem o frete) e o CTRC é que contém o destaque do imposto. Dessa forma, na condição de remetente, o autuado não poderia utilizar o

crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora;

infração 7: o autuado deu saída de mercadoria tributável em operação interestadual de bem fungível – metanol – com alíquota de 7%, alegando se tratar de uma devolução de empréstimo. Concorde com o procedimento fiscal que considerou incorreta a alíquota utilizada, uma vez que a fungibilidade da mercadoria decorre da falta de individualização do bem, o qual poderia ser substituído por outro da mesma espécie, desde que mantidas qualidades e quantidade. Em relação ao produto questionado (metanol), o autuado utiliza como matéria prima em seu processo produtivo, e seu uso implica na sua destruição, pela transformação em outros produtos ou pela perda de suas características essenciais. Dessa forma, acompanho o raciocínio do autuante de que a operação em análise não pode ser caracterizada como empréstimo, além de que as devoluções previstas no art. 651, do RICMS/97, dizem respeito ao desfazimento de uma operação que normalmente não deveria ter ocorrido. A “devolução de empréstimo” alegada não guarda qualquer similaridade com a devolução regulada na legislação, sendo que a nota fiscal emitida pelo autuado como se assim fosse, na realidade se trata de uma nova operação, que deveria ter sido tributado com a alíquota de 12%;

infração 8: o autuado alegou que efetuou diversas vendas de pentaeritritoal para a empresa Tintas Coral Ltda, sendo que em uma delas (nota fiscal nº 13.576) houve alteração do preço do produto em face de reajuste aplicado. Explicou que como a Coral constatou a ocorrência de equívoco no cálculo do índice aplicado, o que resultaria em uma apropriação de crédito a maior encaminhou nota fiscal de devolução de valores sob nº 10.925, onde consta a indicação da quantia paga a maior. No entanto, entendo que o procedimento adotado pelo sujeito passivo contraria a legislação, que permite excepcionalmente em algumas situações de ausência de circulação física, a circulação simbólica de mercadorias, porém somente em algumas situações específicas, a exemplo de retornos simbólicos de armazenagem ou transferência de crédito. Na situação em exame, seria permitido que o alienante apresentasse o chamado “desconto incondicional” no valor devido ao seu cliente por operação anterior, no corpo da nota fiscal seguinte da que saiu com valores a maior. Na forma que o autuado procedeu houve o cometimento da infração descrita nos autos;

infração 10: trata-se da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Apesar do fiscal diligente não ter informado a finalidade de cada produto elencado pelo autuante no demonstrativo às fls. 37 a 40, apenas confirmando que os materiais se destinaram ao uso e consumo da empresa, entendo que tais esclarecimentos não são mais necessários, tendo em vista a própria informação do autuado de que todos eles foram empregados na construção da Dutovia Copenor/Monsanto. Esclareceu, ainda o autuado, que a Dutovia consiste em parte integrante da Planta Industrial de Formol da Companhia, servindo como forma de ligar a empresa autuada a fábrica Monsanto, principal comprador de ácido acetílico, cujo transporte por essa via evita riscos de acidentes ambientais. Acrescentou que a Dutovia em questão consiste em bem essencial ao exercício das atividades da Copenor, sendo parte integrante do seu ativo imobilizado destinado à produção, entendendo que tem direito à utilização do crédito do imposto em análise. No entanto, tenho entendimento diverso ao acima exposto por parte do autuado. Ocorre que o ICMS é um imposto não cumulativo, e o art. 155, §2º, II, “a” e “b”, da C.F., define que a isenção ou não incidência do imposto, não implicará em crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores. Verificando o que dispõe o art. 97, IV, “c” e §2º, I, do RICMS/97, temos que é vedado ao contribuinte, creditar-se do imposto relativo à aquisição de mercadorias quando a operação de aquisição ou a prestação se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. Presumem-se alheios à

atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito ao crédito, dentre outras situações, os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação. Da dicção dos dispositivos legais acima citados podemos concluir que para o contribuinte ter direito ao crédito fiscal relativo às aquisições das mercadorias que foram incorporadas ao seu ativo imobilizado, no caso específico, a construção da dutovia, é necessário que tal dutovia esteja diretamente ligadas à execução de operações tributadas pelo ICMS. Todavia, a dutovia em questão destina-se exclusivamente ao transporte de matéria-prima (ácido acetílico) e, portanto, trata-se de carga própria em veículo do próprio contribuinte, isento do ICMS, relativo a prestação de serviço de transporte, com base no que dispõe art. 8º, I, do RICMS/97. Ora, se os créditos fiscais em questão foram oriundos exclusivamente de aquisições de mercadorias utilizadas na construção do duto e que se incorporaram à sua estrutura, duto este que por sua vez não têm vinculação direta com o processo de fabricação do estabelecimento, efetuando, tão somente, um transporte isento de ICMS (carga própria em veículo próprio), entendo que pelo próprio conceito da não cumulatividade do imposto, não há como o autuado ter direito aos mencionados créditos. Ressalto que o referido duto não tem utilização na comercialização dos produtos por ele produzidos em sua fábrica. Por outro lado, mesmo considerando que a dutovia não se constitui em outro estabelecimento da empresa, mas parte integrante da sede, entendo que a mesma deve ter o mesmo tratamento tributário dado à construção ou ampliação da sede da empresa, ou seja, os materiais de construção integrados ao estabelecimento por natureza – o imóvel, passam da condição de bens móveis para a de imóveis por acessão física, e pelo que dispõe o art. 97, § 2º, inciso III, do RICMS/97, tais imóveis presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito. Destaco, por fim, que como o autuado também se creditou do imposto relativo ao diferencial de alíquota nas aquisições das mercadorias em exame, também foi correto o procedimento fiscal ao exigir o crédito fiscal indevidamente utilizado;

infração 11: no mérito o autuado limitou-se a afirmar que o arquivo magnético, relativo ao mês de outubro/02, foi entregue a Secretaria consoante cópia de protocolo tombado sob o nº 0404053755. Todavia, a copia do recibo do SINTEGRA anexado pela defesa apenas atesta a regularidade formal dos registros, mas não o conteúdo dos mesmos. Verifico nos autos que o autuado foi seguidamente intimado, no curso da ação fiscal, para correção dos arquivos magnéticos apresentados (fls. 55, 63, 65, 86, 88, 90, 94, 98, 110, 111,112), porém não atendeu às intimações. O autuante apontou, ainda às fls. 90 e 112, as diferenças de planilhas oriundas do arquivo magnético, em relação aos livros fiscais, sendo que depois de intimada em 02/05/05 para regularizar os arquivos magnéticos, o autuado apenas requereu dilação do prazo através do processo nº 104357/2005-8, mas não efetuou a regularização. Dessa forma a multa em questão fica mantida e está expressamente prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96;

infração 12: trata-se de utilização indevida de crédito fiscal, detectada através do exame de todos os conhecimentos de transporte fornecidos pelo autuado, sendo que o autuante apurou em dois meses discrepância entre os valores dos créditos apropriados e os valores dos CTRC digitados (fls. 43 a 52). O autuado alegou que o autuante não levantou a totalidade dos CTRC's no período examinado e anexou planilhas às fls. 619 e 621 para contrapor as apresentadas pelo autuante. Mesmo considerando que durante a ação fiscal o sujeito passivo foi intimado a prestar sua justificativa (fl. 84) para a discrepancia mencionada, porém não o fez, a 5ª JJF achou por bem solicitar a fiscal estranho ao feito que verificasse se os valores apresentados pelo autuado, nas planilhas supra citadas, estão amparados pelos respectivos CTRC's. Todavia, ao contrário do que entendeu o autuado em sua última manifestação, o preposto da ASTEC, após examinar todos os conhecimentos de transportes fornecidos pelo impugnante, constatou que alguns documentos que

foram elencados pelo sujeito passivo nas planilhas por ele apensadas aos autos, não geram direitos a créditos fiscais, tendo em vista que o remetente transportador não destacou o débito fiscal, e outros não foram fornecidos pelo deficiente. Dessa forma, com base ainda no que dispõe o art. 142, do RPAF/99, entendo correto o procedimento fiscal.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em virtude da exclusão dos valores exigidos nas infrações 2, 3 e 4.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0003/05-3, lavrado contra **COPENOR COMPANHIA PETROQUÍMICA DO NORDESTE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$113.976,39**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “a”, e VII, “a”, da Lei N.<sup>o</sup> 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa no valor de **R\$103.845,25**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da mesma lei supra citada, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR