

**A. I. Nº** - 206833.0005/05-7  
**AUTUADO** - OXITENO NORDESTE S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO  
**AUTUANTE** - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI  
**ORIGEM** - IFEP/METRO  
**INTERNET** - 29/03/2006

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0089-05/06

**EMENTA. ICMS. 1.** IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Fato não impugnado pelo sujeito passivo. **2.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL E/OU NÃO DESTACADO. **b)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. **Infrações caracterizadas 3.** ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. O pagamento de débito tributário fora do prazo legal está sujeito a acréscimos moratórios e atualização monetária. **Infração não contestada. 4.** 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2005, exige ICMS no valor de R\$43.797,18, acrescido da multa de 60%, pelas seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do ICMS devido sobre mercadorias provenientes do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço (exercícios de 2000 e 2001) – R\$24.960,32. Consignou o autuante que faltou incorporar à base de cálculo do imposto, o desembolso com a TUP (Taxa de Utilização dos Portos) e Capatazia, bem como as despesas pagas a TEQUIMAR a título de prestação de serviços com armazenamento de matéria prima importada relativo à utilização de tanques postos à disposição da autuada;
2. Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido pela importação de mercadorias do exterior, pago intempestivamente, porém espontâneo (fevereiro a dezembro de 2001) – R\$2.084,93;
3. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto em decorrência do seu destaque a maior nos documentos fiscais. Anotou o autuante que se trata de recebimento em devolução de produto fungível com alíquota de 12%, ao invés de 7%, como seria o correto. (março, maio e novembro de 2000 e novembro de 2001) – R\$10.308,90;
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal lançado em duplicidade. Anotou o autuante que a infração se refere à nota fiscal de nº 13.634, emitida pela CIQUINE, com crédito fiscal de R\$ 5.097,34, utilizada em duplicidade às fls de nº 221 do Livro de Registro de Entradas de Mercadorias de nº 11, em 9/5/2000 e;
5. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas

saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Apontou o autuante que se trata de devolução de produto fungível com a alíquota de 7% (através da nota fiscal de nº 11041 de 29/2/2000), enquanto o correto seria de 12%. – R\$1.345,69.

Às fls 250 foi juntada nota fiscal avulsa de nº 309806, contendo certificado de crédito no valor de R\$ 64.315,22 para pagamento parcial deste auto de infração.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls. 256/264) reconhecendo, preliminarmente, o cometimento das irregularidades apontadas nas infrações 1, 2, e 4. Disse que se valeu de certificado de crédito para quitar essas obrigações. Transcreveu o teor das infrações 3 e 5. Afirmou que essas infrações questionam o crédito e o débito de ICMS, a depender da situação da empresa – se destinatária ou remetente, nas operações de devoluções de matérias primas. Observou que o procedimento da empresa se pautou pelo convênio ICMS 54/00, que preconiza a adoção da mesma base de cálculo e da mesma alíquota constante do documento que acobertar a operação anterior de recebimento de mercadoria ou bem. Salientou que o convênio não distingue a natureza da mercadoria ou bem quanto à fungibilidade deste. Concluiu pela a improcedência da ação fiscal quanto aos itens impugnados.

Em sua informação fiscal (fls. 272/274), o autuante começou por discorrer sobre o conceito de devolução. Disse que não há como se devolver um produto se o mesmo foi consumido integralmente na produção. Afirmou que toda a discussão do impugnado se prende ao fato da devolução se vincular a produtos fungíveis. Ressaltou que a devolução só foi feita bem após o empréstimo, variando de 1,5 mês a 9 meses. Explicou que se a Oxiteno BA “emprestou” a outra empresa (Oxiteno de São Paulo) matérias primas que são objeto de sua atividade industrial é porque os mesmos estavam em falta no destinatário. Entendeu que os alegados “empréstimos” são em verdade operações com o fim de suprir as duas partes de matérias primas, não se aplicando o tratamento de devolução a essas. Opinou, ao final, a procedência da autuação.

## VOTO

O sujeito passivo não contestou as acusações referentes aos itens 1, 2, e 4 do presente lançamento de ofício. Inclusive recolheu o imposto utilizando para tanto certificado de crédito emitido por esta SEFAZ. Não havendo lide a ser decidida quanto a essas questões, mantenho os valores exigidos nessas infrações.

Quanto as infrações 3 e 5, o mérito da autuação se prende ao conceito de devolução, e como antecedente deste, o de empréstimo. O autuante entendeu que não se trata de devolução, uma vez que a mercadoria foi consumida na produção. Informou também que a devolução só foi feita bem após o suposto empréstimo, variando de 1,5 a 9 meses. Entendeu que esses fatos somados descaracterizam a alegada natureza de empréstimo para as operações referidas, e por isso devem ser tributadas normalmente. O autuado ressaltou que se pautou pelo convênio ICMS 54/00, que não leva em conta o inferido pelo autuante.

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 da autuada, 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.

Voto pela procedência da autuação para exigir o ICMS no valor de R\$43.797,18, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206833.0005/05-7**, lavrado contra **OXITENO NORDESTE S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.797,18**, sendo R\$22.092,72, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, VII, “a” e VIII da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e R\$21.704,46 acrescido da multa de 60% prevista no mesmo dispositivo legal e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos mediante utilização de certificado de crédito.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR