

A. I. Nº - 281073.0003/06-9
AUTUADO - DOW BRASIL NORDESTE LTDA
AUTUANTE - CARLOS ANTÔNIO DE AZEVEDO MOREIRA
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 21/09/2006

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0251-05/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO POR ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Vedada pela legislação estadual a utilização de crédito fiscal em questão. Infração subsistente. 3. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA SAÍDA DO PAÍS DAS MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo permanente. Infração parcialmente elidida. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração reconhecida. Rejeitado o pedido de perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/02/2006, exige ICMS no valor de R\$73.669,90, acrescido de multas de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial – R\$6.324,48;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento – R\$1.926,07;
3. Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza de operação exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de guias ou registros de exportação – R\$60.873,69;
4. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento – R\$4.470,00;
5. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas – R\$75,75.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 23/35 dos autos, inicialmente reconhece o cometimento das infrações 1 e 5, informando que já providenciou o pagamento do imposto exigido.

No que diz respeito à segunda infração, entende que o produto GLP (gás liquefeito de petróleo) faz parte do seu processo produtivo, dizendo que o mesmo é adquirido para ser utilizado como combustível para acendimento das fornalhas de superaquecimento de vapor. Explica o processo de fabricação do produto monômetro de estireno, afirmando que é necessário o acendimento da fornalha para se obtê-lo a partir da transformação do etilbenzeno. Cita o art. 93, I, “b”, do

RICMS/97, entendendo que tal dispositivo legal ampara seu entendimento de que tem direito ao crédito fiscal sobre a aquisição do GLP por não se tratar de material de consumo.

Quanto à infração 3, alega em relação à nota fiscal nº 47.945, que se trata de devolução do exterior de embalagem (mini tanques vazios), os quais entraram no país acondicionando a mercadoria etilbenzeno. Afirma que o procedimento adotado quanto à devolução do material está em conformidade com o disposto no art. 22, da Portaria nº 15, da SECEX que transcreve. Reconhece que o material em questão não teve sua saída efetiva do país em virtude da lavratura do Auto de Infração nº 0517600/00005/04, de 13/02/04, emitido pela Receita Federal. Alega que a mercadoria não saiu do Brasil por forças alheias a sua vontade.

No que tange às notas fiscais nºs 48.286, 49.608, 50.054, 50778, 52.168 e 53.810, diz referir-se à materiais de embalagem pra transporte (isotanques) para acondicionamento do produto importado “naugard 1-5”. Afirma que foram emitidas notas fiscais visando a devolução das embalagens que são utilizadas meramente para o transporte do produto citado e que constitui propriedade do exportador. Acrescenta que as embalagens são entregues no Armazém Alfandegado Tecon Salvador S/A, e que este procedimento está amparado nos artigos 6, II, 581 e 582, do RICMS/97 que transcreve. Por fim, conclui que as operações de devolução/retorno de materiais de embalagem vazios para transporte não estão sujeitas à incidência do ICMS.

Quanto à infração 4, diz que a nota fiscal nº 0005 trata-se de venda de ativo fixo efetuada pela empresa Spuma Pac, localizada em São Paulo, para a EDN Estireno do Nordeste (incorporadora da empresa autuada) sem destaque do ICMS. Entende que a não incidência do imposto está prevista no art. 7, XIV, do RICMS/SP. Nesse sentido diz que não cabe exigência de diferencial de alíquotas, conforme disposto no art. 7, III, “a”, do RICMS/BA.

Em relação à nota fiscal nº 0992, diz tratar-se de operação de venda de material de uso e consumo (cinto de segurança) efetuada pela empresa Material Supply, localizada em São Paulo, para a EDN Estireno do Nordeste (incorporadora da empresa autuada) com destaque do ICMS à alíquota de 7%. No entanto, alega que no mesmo mês da emissão da nota fiscal original, foi emitida nota fiscal de devolução (nº 47.057), conforme preceitua o art. 651, do RICMS/BA, entendendo não caber o pagamento do diferencial de alíquota.

Ao final, solicita a realização de perícia para serem respondidas algumas questões que formula à fls. 34, relativa às infrações 2 e 3, para se concluir pela procedência apenas das infrações 1 e 5.

O auditor que prestou a informação fiscal, fls. 137/139 dos autos, se manifestou da seguinte forma: Em relação à segunda infração diz que é verdade que o GLP é utilizado para acendimento da fornalha de superaquecimento de vapor, porém de forma esporádica - durante o procedimento de partida da planta, ou seja, após uma parada para manutenção ou devido a alguma emergência operacional. Conclui que não há, naturalmente, formação de qualquer produto final.

Expõe que ordinariamente ele é consumido para manter acesa a chama do piloto do fiare - para onde são carreados os gases indesejados do processo fabril, que, para não serem despejados diretamente na atmosfera, são queimados pela presença constante do GLP que ajuda a manter toda a corrente de gases em combustão contínua, gerando principalmente a formação de gás carbônico e vapor d'água, que são menos nocivos que os gases retro citados.

Desta forma, conclui que resta clara a função desta substância no processo produtivo do autuado, qual seja: material de uso e consumo, pois usado na área de controle ambiental.

Acrescenta, ainda, que o CONSEF já tem pacífico esse entendimento e cita como exemplo a decisão proferida no Acórdão CJF 0341-11/05.

No que diz respeito à terceira infração aduz que apesar das justificativas apresentadas pela impugnante, relativas à nota fiscal nº 47.945, de que tinha havido uma importação com admissão temporária anterior do produto etilbenzeno acondicionado em isotanques e estes estariam sendo devolvidos através de exportação para o remetente, o próprio autuado reconhece que a embalagem (isotanque), não saiu efetivamente do país, pois ficou retido na alfândega, conforme

documentos anexados. Desta forma não considera plausíveis os esclarecimentos prestados pelo sujeito passivo.

Quanto às demais notas fiscais, relativas ao que seriam devoluções de isotanques utilizados como embalagens de matérias primas anteriormente importadas, diz que o autuado ateve-se apenas a dizer que as exportações de materiais de embalagens são desoneradas do pagamento de ICMS, anexando as diversas notas fiscais de entradas e as correspondentes declarações de importação (DI's). Acrescenta que, no entanto, nada mais foi colacionado no sentido da prova dessas exportações, que é, em verdade, o cerne da questão. Sendo assim, opina também quanto a essas notas fiscais pela procedência da infração.

No que tange à quarta infração, acata as razões expostas pelo autuado quanto à nota fiscal nº 005, de 02/09/2003. Para a nota fiscal nº 992, de 17/10/2003, expõe que não há qualquer razão para o não pagamento do diferencial de alíquotas. Acrescenta que o fato da mercadoria de uso e consumo ter sido posteriormente devolvida não afasta, em absoluto, a obrigação do pagamento da diferença de alíquotas existente na operação.

VOTO

Inicialmente rejeito o pedido para a realização de perícia ou diligência fiscal, uma vez que considero suficientes para formação da minha convicção os elementos contidos nos autos, e ainda diante do que dispõe o art. 147, I, "b", do RPAF/99.

Ademais, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, em consonância com os ditames do art. 147, II, "a", do mesmo diploma legal acima citado.

No mérito, o autuado reconheceu o cometimento das infrações 1 e 5, não havendo necessidade de maiores considerações sobre as mesmas.

No que diz respeito à segunda infração que se refere à utilização indevida de crédito fiscal, relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, o autuado alegou que o produto GLP (gás liquefeito de petróleo) faz parte do seu processo produtivo, dizendo que o mesmo é adquirido para ser utilizado como combustível para acendimento das fornalhas de superaquecimento de vapor.

No entanto, razão não lhe assiste uma vez que para que uma mercadoria seja definida como produto intermediário (insumos e matéria prima), gerando o direito ao crédito fiscal, exige-se que, ou integre o produto final como elemento indispensável à sua composição ou, não havendo a integração, seja consumida, inutilizada, gasta ou destruída a cada processo produtivo, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo produtivo.

Dessa forma, pela própria função do produto questionado (GLP), descrita pelo autuado, verifica-se que o mesmo deve ser considerado como um material de uso e consumo no seu processo produtivo, o que não lhe confere o uso do crédito fiscal originário de sua aquisição.

Vale ainda destacar, que o CONSEF, através de reiteradas decisões, tem comungado com esse entendimento.

A terceira infração refere-se à falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza de operação exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de guias ou registros de exportação.

Apesar das justificativas apresentadas pela impugnante, relativas à nota fiscal nº 47.945, de que se tratava de importação com admissão temporária anterior do produto etilbenzeno acondicionado em isotanques e que estes estariam sendo devolvidos através de exportação para o remetente, a verdade é que o próprio autuado reconheceu que a embalagem (isotanque), não saiu efetivamente do país, pois ficou retido na alfândega, conforme documentos anexados. Desta forma, entendo devido o imposto exigido na autuação.

Quanto às demais notas fiscais (48.286, 49.608, 50.054, 50778, 52.168 e 53.810), que o autuado afirmou se referir a devoluções de isotanques utilizados como embalagens de matérias primas

anteriormente importadas, o impugnante ateve-se em dizer que as exportações de materiais de embalagens são desoneradas do pagamento de ICMS, porém não anexou aos autos qualquer comprovação da efetiva exportação desses materiais. Diante desse aspecto, e baseado ainda no que dispõe o art. 141, do RPAF/99 (se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação), também mantendo o imposto ora reclamado.

A infração 4, trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Quanto à nota fiscal nº 0005 o autuado comprova que se trata de venda de ativo fixo efetuada pela empresa Spuma Pac, localizada em São Paulo, para a EDN Estireno do Nordeste (incorporadora da empresa autuada) sem destaque do ICMS. Dessa forma, como não houve incidência do imposto (art. 7, XIV, do RICMS/SP), também não cabe exigência de diferencial de alíquotas, conforme disposto no art. 7, III, “a”, do RICMS/BA.

Em relação à nota fiscal nº 0992, que o autuado alegou tratar-se de operação de venda de material de uso e consumo (cinto de segurança) efetuada pela empresa Material Supply, localizada em São Paulo, para a EDN Estireno do Nordeste (incorporadora da empresa autuada) com destaque do ICMS à alíquota de 7%, entendo que o imposto questionado deve ser exigido, pois apesar do autuado alegar que no mesmo mês da emissão da nota fiscal original, foi emitida nota fiscal de devolução (nº 47.057), tal procedimento não afasta, em absoluto, a obrigação do pagamento da diferença de alíquotas existente na operação inicial, pois o fato gerador ocorre no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte (art. 5º, I, do RICMS/97).

Vale ainda ressaltar, que apesar do autuante ter mencionado que se tratava de aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo, isto não invalidada a exigência, uma vez que o fulcro da autuação é a mesma (falta de recolhimento de imposto, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação), cuja procedência da exigência restou parcialmente caracterizada, conforme explanação mais acima.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em virtude da redução do valor exigido na quarta infração de R\$4.470,00 para R\$170,00 (exclusão da ocorrência de 02/09/03), devendo ser homologado pelo órgão competente os valores já recolhidos (fls. 43/44).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281073.0003/06-9 lavrado contra **DOW BRASIL NORDESTE LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 69.369,90**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado pelo órgão competente os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR