

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0001/06-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e UNILEVER BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - UNILEVER BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFICIO e VOLUNTÁRIO- Acórdão 1ª JJF nº 0256-01/06
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 14/03/2007

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0077-12/07

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. ÁLCOOL GRAXO C12C13 DENOMINADO NEODOL 23. RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado que o produto importado tem aplicação exclusiva como matéria-prima na formulação de detergentes, sendo o seu subproduto destinado à fabricação de cosméticos e similares. Modificada a Decisão recorrida. Infração improcedente 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PRODUTO ENQUADRADNO NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁLCOOL GRAXO C12C13 DENOMINADO NEODOL 23. GLOSA DO CRÉDITO. Infração descaracterizada, vez que é decorrente da anterior. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Oficio **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário/Recurso de Oficio, interpostos contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado em 15/02/2006 para exigir ICMS, no valor de R\$4.778.276,58, pelas seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - recolhimento a menos do imposto devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na aplicação da alíquota. Ocorreu erro na determinação da alíquota, nas importações de álcool, onde o correto seria aplicar a alíquota de 27% e foi aplicada a alíquota de 17%. Complementação de enquadramento, arts 50, 51, II, “e”, 51-A, II, 58, I e art. 572, do RICMS/97, nos meses de janeiro, março, abril, junho, agosto, setembro e outubro de 2005, no valor de R\$1.852.871,48;

INFRAÇÃO 2 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Nas importações de álcool, não destinados ao uso automotivo, tendo em vista que o produto álcool adquirido para comercialização está na substituição tributária. Enquadramento art. 97, IV, “b” e 124, do RICMS/97, nos meses de janeiro, março, abril, julho a novembro de 2005, no valor de R\$ 2.925.405,10.

O autuado, às fls. 139/152, apresentou defesa transcrevendo todos os dispositivos regulamentares citados no Auto de Infração, argumentando que foram incluídas as Declarações de Importação nºs 413142722 e 501042410, correspondente à importação do produto classificado na nomenclatura comum do Mercosul no código 3402.13.00 – “agentes orgânicos de superfície não iônicos”. E, que os produtos posição 34.02 quando misturados com água, numa concentração de 0,5% a 20°C e deixados em repouso durante uma hora à mesma temperatura originam um líquido transparente ou translúcido ou uma emulsão estável sem separação da matéria insolúvel e; reduzem a tensão superficial da água a $4,5 \times 10^{-2}$ N/m (45dyn/cm). Além do que o Auto de Infração encerra exigência decorrente de operações com Álcool Graxo C12C13, não sendo o caso das DIs mencionadas nesta

preliminar, inclusive, vê-se a necessidade de ser anulado o presente Auto ou retificado, em virtude do fato de materializar exigência tributária sobre matéria incontroversa.

Alegou que o álcool graxo C12C13, mercadoria objeto da autuação, é importado pelo autuado, sendo o produto, depois de submetido a um processo de beneficiamento por terceiros, utilizado como insumo na formulação de detergentes. O insumo passa por processo de etoxilação (reação química que permite a fixação de uma ou mais moléculas de óxido de etileno sobre um composto químico) e resultará no sub-produto chamado de SLES (Lauril Éter Sulfato de Sódio), sendo esta a principal matéria prima utilizada para a fabricação de shampoos.

Protestou dizendo que o álcool graxo C12C13 é o nome técnico atribuído ao álcool fabricado pela Shell Chemicals Americans INC (empresa exportadora) produto enquadrado na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM na posição 3823.70.20 – “Álcool Graxo (gordo) Industrial Láurico”. Também, o álcool graxo C12C13, cujo nome comercial é “Neodol 23” se difere do álcool etílico, sendo este variante de Etanol. O álcool graxo é matéria prima utilizada na fabricação de especialidades químicas derivadas de óxido de Eteno. O termo, “álcool”, utilizado em álcool graxo e álcool etílico não pode ser justificativa para confundir tais substâncias.

O álcool graxo C12C13 (Neodol 23) é insolúvel e não inflamável. É uma mistura de álcoois primários de cadeia longa, que após suas transformações é utilizado na composição de produtos de higiene pessoal. Diferentemente do álcool etílico (Etanol) que é líquido solúvel e inflamável, pode ser fabricado a partir de qualquer carboidrato fermentável pela levedura e, em suas variantes é utilizado como combustível.

Disse estar anexando ao processo laudo técnico e declaração da Shell Chemicals para comprovar suas alegações. Dispositivo foi alterado diversas vezes. No mérito, argumentou que o álcool graxo C12C13 importado pelo autuado é matéria prima utilizada para a fabricação de shampoos e a alíquota interna do ICMS a ser aplicada nas operações que tenham como objeto é de 17%, e não 27%. Que o art. 51, II, “e”, do RICMS/BA, até setembro de 2005 trazia a seguinte redação “óleo diesel, gasolina automotiva e álcool”. Ocorre que, com a publicação do Decreto nº 9547/2005, a redação do dispositivo citado foi alterada para “óleo diesel, gasolina automotiva e álcool etílico anidro combustível”. E que o mencionado dispositivo foi alterado diversas vezes (Decs. 8413/02, 8645/03, 8868/04, 9068/2004 e 9547/05).

Protestou dizendo que a interpretação da legislação deve ser feita com base na intenção do legislador que, no caso em análise, sempre foi de abranger apenas os combustíveis (óleo diesel, gasolina e álcool). Citou lições de Washington de Barros Monteiro, Caio Mario da Silva Pereira e que o texto do Decreto nº 9547/2005 ao especificar “álcool etílico anidro combustível”, na alínea “e” do inciso II do art. 51, tem alcance jurídico de ato declaratório, esclarecedor do alcance que sempre as legislações anteriores objetivaram alcançar. Assim, entendeu ter cumprido com rigor, o estabelecido na legislação ao aplicar nas importações de álcool não combustível, a alíquota de 17% de ICMS.

No tocante a infração 02, alegou que as operações com álcool não combustível, não estão sujeitas à substituição tributária, devido a antecipação se aplicar somente às operações internas e entradas provenientes de outras unidades da Federação, e não para as importações, nos termos do art. 61 do RICMS/BA. Assim, em virtude da inaplicabilidade da sistemática da substituição tributária às operações de importação realizadas pelo autuado, é seu direito que o ICMS pago na nacionalização seja aproveitado como crédito, em respeito ao princípio da não cumulatividade. Transcreveu o §2º, I, do art. 155 da CF/88 e art. 93, I, “a”, do RICMS/97.

Asseverou que tendo recolhido o imposto devido no desembarço aduaneiro da mercadoria e realizada operação de saída tributando-a, nasceu o direito ao crédito do imposto, não restando dúvida de que este procedimento está dentro dos ditames legais. E, ainda que se entendesse, por hipótese, que as operações estivessem sujeitas à sistemática da substituição tributária e, havendo assim diferenças de valores a serem recolhidos, estes seriam bem menores do que os apontados

pelo autuante, conforme planilha exemplificativa que elaborou, considerando os valores recolhidos pelo autuado quando da saída das mercadorias.

Ainda que assim não fosse, ainda que se admitisse, por hipótese, exigência adicional de valores, não seriam estes os materializados na autuação, porque foram inclusos inadequadamente montantes de DIs que não correspondem a importação de álcool, foi aferida base de cálculo, para fins da suposta substituição tributária, em desacordo com a legislação, e ainda, foram desconsiderados os valores do ICMS pagos nas subsequentes saídas das mercadorias.

Requeru que a autuação seja julgada improcedente, declarando-se extinto o crédito tributário e determinando o arquivamento do processo administrativo, como medida de justiça. E se assim não foi entendido, requereu a retificação do Auto lavrado, para reduzi-lo em virtude da consideração inadequada de valores, quer pela inclusão de DIs que não correspondem a importação de álcool, quer pela aferição da base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária não prevista regularmente, quer, finalmente, pela desconsideração de valores de ICMS pagos nas subsequentes saídas das mercadorias importadas.

A autuante, às fls. 177/182, informou contestar o pedido de nulidade, haja vista que os produtos importados, embora tivessem sido classificados com o NCM 3402.13.00 “agentes orgânicos de superfície não iônicos”, foram lançados pelo autuado como sendo “Neodol 23”, nome comercial de Álcool Graxo C12C13, informado pelo autuado na peça de defesa. Assim, se o autuado realiza as operações de entradas como sendo do produto Neodol 23, e nas operações de saídas discrimina na nota fiscal como sendo C12C13 Álcool, não deixa dúvida de que o produto importado seja álcool, o que, ao seu ver, indica que ocorreu um equívoco no momento de classificá-lo na importação.

Disse concordar com o teor do laudo técnico anexado ao processo onde consta a descrição da composição química do produto. Faz comparativo entre as características do álcool graxo C12C13 e do álcool etílico e afirma que o álcool graxo é insolúvel e não inflamável fato, que vem a confirmar que o produto da autuação é álcool.

Transcreveu definição (dicionário Aurélio) do que seja álcool, afirmando que a classificação de uma substância química no grupo de álcoois independe do número de carbonos ou da forma física apresentada e que o RICMS quando tratou de álcool teve como objetivo atingir todos. E que, contrapondo as alegações do autuado, disse que compete ao autuante se limitar a aplicar a norma vigente à época da ocorrência dos fatos geradores de maneira literal, não cabendo a este analisar a intenção do legislador, transcrevendo o art. 144, I, do CTN.

Informou ainda que a redação do art. 51, II, “e”, alterada pelo Decreto nº 9.547/2005 não teve caráter interpretativo, não retroagindo. Assim, no caso foi aplicada a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos, transcrevendo o art. 51, II, “e” e 51-A, II, do RICMS/BA.

Com relação à infração 02 – esclareceu a autuante que o dispositivo citado pelo autuado não exclui as entradas decorrentes de operações de importação da substituição tributária, e ainda prevê a cobrança por pauta fiscal. Como o valor da operação foi superior ao estabelecido em pauta fiscal, a empresa não cometeu infração por falta de recolhimento por antecipação nas operações de importação de álcool.

A legislação estabelece que o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que houver recolhido o imposto nas operações de saídas posteriores, será dispensada a exigência do tributo que deveria ser pago por antecipação, bem como a exigência do estorno do crédito correspondente às entradas, aplicando-se a penalidade de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente (art. 915, II, “d” e §1º, do RICMS/BA). Entretanto, entendeu não ser aplicado tal dispositivo, já que o autuado incorreu em erros tanto nas operações de entradas, ao utilizar a alíquota de 17% para cálculo do ICMS nas importações de álcool, como nas saídas ao tributar a 17%, produto sujeito a antecipação tributária com alíquota de 27%.

Esclareceu que a planilha apresentada pelo autuado não tem coerência com o demonstrativo do estorno de crédito - Anexo 2 do Auto de Infração, haja vista que a planilha trás os valores a serem estornados totalizados por DIs, valores que não correspondem aos das notas fiscais efetivamente lançadas com apropriação dos créditos no livro de Entradas, não tendo qualquer relação com o Anexo 2 do Auto de Infração. Em relação a coluna da planilha que informa os valores também totalizados por DIs, referente aos valores destacados nas notas fiscais de saídas, ressaltou que não lhe compete realizar compensação de imposto. Se a empresa utilizou tratamento tributário incorreto nas operações de saídas, lhe compete entrar com pedido de restituição do imposto pago indevidamente.

Opinou pela manutenção da autuação.

A 1ª JJF, à fl. 186, considerando que o autuado apresenta na sua peça defensiva um histórico da legislação tributária estadual, em relação ao art. 51, II, “e”, do RICMS/97, citando as alterações através dos Decretos nºs 8413/2002, 8645/2003, 8868/2004, 9068/2004 e 9547/2005 e argumentando que tais alterações visaram alcançar, tão somente, os combustíveis de uso automotivo; considerando, ainda, que o autuado alega que o seu produto “Álcool Graxo C12C13” denominado de “NEODOL 23”, tem como finalidade, após suas transformações, utilização na composição de produtos de higiene pessoal, deliberou pela conversão do processo em diligência à PROFIS, a fim de que fosse emitido Parecer jurídico com relação ao alcance da legislação no que concerne a aplicação da alíquota ao produto, objeto da autuação.

No atendimento ao solicitado, a Douta PROFIS, através do ilustre Procurador José Augusto Martins Junior, transcreve o art. 51, II, “e”, do RICMS, com as alterações dadas pelos Decretos nºs 9068/2004 e 9547/2005 esclarecendo que a luz dos dispositivos que transcreveu é possível concluir não merecer guarida a dedução do autuado, em que pese o legislador atual ter dado uma redação mais explícita à norma, as normas anteriores assim não fizeram em sua totalidade.

E, analisando o problema sob o enfoque da possibilidade da interpretação extensiva ou não da norma, deve ser observado os preceitos normativos expostos no CTN, cotejando-os com os princípios gerais de Direito Tributário.

Informou que a CF/88, no seu art. 146 preconiza caber à Lei Complementar firmar a definição de tributos e suas espécies, bem como, a dos seus respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Sendo, possível inferir que a matéria afeta às alíquotas do ICMS, cabendo sua definição aos entes federados tributantes, com as ressalvas previstas no art. 155, § 2º, V, da CF/88. E, que a alíquota diferenciada é perfeitamente viável no nosso Sistema Tributário, desde que adstrito aos princípios basilares de Direito Tributário, como exemplo, o princípio da capacidade contributiva.

Informou que a norma explicitada no art. 111 do CTN, norma que preconiza uma interpretação literal do hermeneuta em relação a certas matérias, atinge o objeto da análise, ou seja, a definição de alíquota do imposto.

Esclareceu que o STF, em acórdão recente, decidiu que a redução de base de cálculo é matéria afeta ao campo da isenção, pois, segundo o Tribunal Superior, a redução é uma espécie de isenção parcial do imposto. E, dentro desta idéia consolidada pelo STF é preciso indagar: a implantação de alíquotas diferenciadas, por via reflexa, é uma espécie de isenção? Utilizou como paradigma conceitual o escólio do jurista Ruy Barbosa Nogueira, mentor do CTN, no que se refere à conceituação de isenção e da alíquota, que transcreveu.

Entendeu que a modulação de alíquota em patamar menor que a alíquota tida como paradigma, que o álcool importado pelo autuado possua verdadeiramente natureza diferente de uso figura como uma espécie de redução de base de cálculo, senão da base imponível do imposto, por conta do seu cálculo por dentro, e, como tal, impassível de uma análise extensiva da sua norma definidora.

Afirmou, o Parecerista, que neste estágio poderia fechar a questão relativa extensão do benefício ao autuado ora suplicado, mas, além disto, depõe contra o suplicante o não enquadramento da norma em análise às normas imputadoras de uma penalidade, cuja aplicação se assenta na base sólida da aplicação da norma mais benéfica, ou seja, por intermédio da concreção do princípio da *lex mitior* ou pelo princípio da ultratividade da norma mais benéfica.

Concluiu pelo não acolhimento da utilização da alíquota de 17% até 30/09/2005, conforme redação do art. 51 do RICMS vigente à época e, por conseguinte, pelo acolhimento da alíquota de 17% para o período posterior à data acima exposta, desde que comprovado automotivo.

À fl. 193 foi ratificado, pelo ilustre procurador Rogério Leal Pinto de Carvalho, os termos do Parecer exarado pelo Procurador do Estado que conclui, após a análise da legislação aplicável a matéria, pela não aplicação da alíquota de 17% às operações ocorridas até 30/09/2005 e pela aplicação de tal alíquota após essa data, desde que comprovado que o álcool importado pelo autuado possua verdadeiramente natureza diferente de uso automotivo.

O julgador de Primeira Instância após fazer um resumo da autuação diz, resumidamente:

"Em relação à infração 01, o autuado alega que no levantamento foram incluídas indevidamente as Declarações de Importação nºs 413142722 e 501042410, que se trata de outro produto, ou seja, "agentes orgânicos de superfície não iônicos" - NCM 3402.13.00, haja vista que o produto, objeto da lide, é álcool graxo C12C13 - NCM 3823.70.20. Assevera que o álcool graxo, conhecido como "Neodol 23", é submetido a um processo de beneficiamento por terceiros resultando em subproduto, principal matéria prima utilizada para a fabricação de shampoos. E, como não se trata de álcool destinado a uso automotivo a alíquota interna do ICMS a ser aplicada nas operações é de 17%, e não 27%. Cita e transcreve a alínea "e" do inciso II do artigo 51 do RICMS/97, para argumentar que a intenção do legislador foi a de alcançar apenas os combustíveis, ou seja, o álcool destinado a uso automotivo.

No tocante as DIs nºs 413142722 e 501042410, observo que é o próprio autuado quem afirma nos autos que "Neodol 23" é o mesmo "álcool graxo C12C13". Nos documentos de importação também está identificado no campo: descrição detalhada da mercadoria que se trata de "neodol 23", ou seja, "álcool". Inclusive, ao emitir as notas fiscais de entradas para dar trânsito às mercadorias importadas do exterior, indica expressamente se tratar de aquisição de "Neodol 23" e ao realizar operação de remessa ou venda, faz consignar como especificação da mercadoria "C12-13 Alcohol". Assim, não acolhido o argumento defensivo de que se trata de outro produto.

Quanto à alíquota correta a ser aplicada, se 17% ou 27%, passo a analisar o que determina a legislação, senão vejamos:

O art. 51, II, "e", do RICMS/97, na redação original dada pelo Decreto nº 6.284/97, estabelecia o seguinte:

"e) gasolina e álcool, para fins carburantes (uso automotivo): (efeitos até 31/12/02)

1 - gasolina automotiva □ NCM 2710.00.29; ((efeitos até 15/09/03)

2 - álcool etílico (etanol) anidro ou hidratado □ NCM 2207.10.00 e 2207.20.10;" (efeitos até 05/01/04)

Ou seja, na redação original o legislador aplica alíquota de 25% para, dentre outros produtos, o álcool para fins automotivos (efeitos até 31/12/02) e para fins não automotivos (efeitos até 05/01/04), como se verifica dos itens acima transcritos.

Posteriormente, com a Alteração nº 55, modificada a redação da alínea "e" do inciso e artigo aqui tratado, mediante Decreto nº 9.068/04, onde continuava vigendo a aplicação da alíquota de 25%, efeitos de 13/04/04 a 30/09/05, para as mercadorias, conforme abaixo:

"e) óleo diesel, gasolina automotiva (NCM 2710.11.59) e álcool;"

Observo que nesse período o legislador alcança todos os tipos do produto “álcool”, ou seja, não fazendo nenhuma distinção de qual a sua destinação.

Novamente, mediante Alteração nº 66, o citado dispositivo foi modificado, tendo seus efeitos a partir de 01/10/2005, através do Decreto nº 9.547/05. Nesta modificação o legislador exclui da aplicação da alíquota diferenciada, nas operações internas, ou seja, da aplicação da alíquota de 25%, o álcool que não tenha destinação de uso automotivo, conforme abaixo, dispositivo que se encontra em vigor:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

e) óleo diesel, gasolina automotiva (NCM 2710.11.59) e álcool etílico anidro combustível (AEAC);

Remete o processo em diligência a PGE/PROFIS, para emissão de Parecer jurídico, uma vez que o impugnante entende que só se aplica a alíquota diferenciada (27%) nos casos de aquisição de álcool para fins automotivo, apesar de à época da ocorrência dos fatos a legislação tributária estadual no seu art. 51, II, “e”, RICMS/97, se referir a mercadoria “álcool” de forma globalizada, ou seja, sem especificar se seria ou não aplicada alíquota diferenciada para o produto “álcool” destinado a uso não automotivo.

No atendimento ao solicitado, a Douta PROFIS, através do ilustre Procurador José Augusto Martins Junior, cujo Parecer foi ratificado pelo ilustre procurador Rogério Leal Pinto de Carvalho, conclui que a nova redação do artigo 51, II, “e”, do RICMS/97 não tem caráter interpretativa, opinando pelo não acolhimento da utilização da alíquota de 17% até 30/09/2005, conforme redação do dispositivo regulamentar vigente à época da ocorrência dos fatos e, pelo acolhimento da alíquota de 17% para o período posterior à data acima exposta, desde que comprovado que o álcool importado pelo autuado possua verdadeiramente natureza diferente de uso automotivo.

Diante do acima exposto, prossegue o julgador, corroborado pela opinião, mediante Parecer da PGE/PROFIS, o qual acompanho, mantendo a exigência do crédito tributário; observo que apesar de constar no demonstrativo de débito a inclusão do mês de outubro de 2005, neste mês não houve a exigência de cobrança de diferença a menos pela aplicação de a alíquota diferenciada, e sim, por pagamento a menos sendo aplicada a alíquota de 17%, vigente à época da ocorrência dos fatos, já que o produto não se destina a uso automotivo, fato que corrobora pelo acerto da manutenção da exigência do valor cobrando neste item da autuação.

No tocante a infração 02, ressalta que a empresa alegou que as operações com álcool não combustível, não estão sujeitas à substituição tributária, devido a antecipação se aplicar somente às operações internas e entradas provenientes de outras unidades da Federação, e não para as importações, nos termos do art. 61 do RICMS/BA.

Inicialmente, diz o a quo, esclareço que se equivoca o autuado ao entender que não se pode aplicar o regime de Substituição Tributária para as importações, haja vista que é dado tratamento de operação interna quando do desembaraço aduaneiro e, estando a mercadoria arrolada no citado regime, deve ser aplicada as normas regulamentares quanto ao valor do imposto devido por antecipação. A mercadoria “álcool, exceto para fins carburantes” encontra-se arrolada dentre os produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária, conforme dispõe o art. 353, II, item 33, do RICMS/97. Inclusive o inciso X do art. 61 do citado regulamento, determina o cálculo da antecipação, conforme abaixo transrito:

Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como

para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

X - nas operações com álcool a granel não destinado ao uso automotivo, o estabelecido em pauta fiscal ou, na falta deste, o valor da operação acrescido dos percentuais de margem de valor agregado previstos no Anexo I do Convênio ICMS 03/99;

Assim, continua, descaracterizada a alegação do autuado em relação a este fato; no entanto, considerando as disposições regulamentares acima transcritas e tendo a autuante anexado cópias dos documentos de importação, de notas fiscais de entradas e seus respectivos DAEs de recolhimento do imposto na entrada (desembaraço aduaneiro), de notas fiscais de remessa para o depósito, sem destaque de imposto e de notas fiscais de operações de vendas tendo como destinatária a empresa Oxiteno Nordeste S/A, tendo, sido, inclusive, confirmado pela autuante, na assentada do julgamento, que todas as operações com o produto, objeto da glosa dos créditos fiscais, são comercializados para a Oxiteno Nordeste S/A, que utiliza o produto como matéria-prima, entendo que mesmo não tendo o autuado efetuado o lançamento na forma como determina a legislação tributária estadual, devem ser acolhidos os valores dos créditos fiscais que foram lançados nos livros fiscais, limitado ao valor destacado nos documentos fiscais, relativo às operações de vendas, observando as disposições constantes no §1º do art. 359 do RICMS/97, conforme abaixo transrito:

Art. 359. O contribuinte substituído, na operação subsequente que realizar com mercadoria recebida com imposto retido ou antecipado, emitirá documento fiscal, sem destaque do imposto, que conterá, além dos demais requisitos exigidos, a seguinte declaração, ainda que por meio de carimbo: "ICMS pago por substituição tributária" (Ajuste SINIEF 4/93).

§ 1º Nas saídas, para este Estado, de mercadorias que já tiverem sido objeto de antecipação ou substituição tributária, o documento fiscal poderá conter o destaque do imposto, para aproveitamento como crédito fiscal pelo destinatário, nas hipóteses a seguir indicadas, não podendo o destaque do imposto ter base de cálculo superior à adotada para apuração do tributo efetivamente antecipado, quando conhecida pelo emitente do documento fiscal, ou valor superior ao preço de mercado das mercadorias, quando a base de cálculo do valor antecipado não for por ele conhecida, observada, em qualquer caso, a alíquota aplicável, devendo o remetente estornar o débito correspondente, no final do mês, no item "008 - Estornos de Débitos" do Registro de Apuração do ICMS:

I - mercadorias destinadas a outro estabelecimento para emprego como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem na industrialização de produtos tributados, bem como para aplicação ou emprego na viabilização ou desempenho da atividade comercial, da extração, da geração ou da prestação, sendo estas tributadas;

Constata, também, que a autuante não anexa aos autos todos os documentos que deram origem a glosa dos créditos fiscais, afirmando, na assentada do julgamento que todas as operações de importação no período, objeto da ação fiscal, se deu apenas em relação a "álcool graxo C12C13"; neste contexto, examinando os documentos juntados nos autos pode verificar que as quantidades do produto coincidem com as indicadas nos documentos emitidos pela entrada (nota fiscal de entrada), remessa para depósito e nota fiscal de operação de saída para a empresa Oxiteno Nordeste S/A, fato que possibilitou a identificação com DI, os valores recolhidos em cada operação quando da entrada para atendimento ao disposto no §1º do art. 359 do RICMS/97; desta maneira, também deve ser excluído deste item da autuação os valores a seguir relacionados: mês de março 2005 - o valor de R\$221.422,72, relativo à Nota Fiscal de Entrada nº 0434, considerando que a quantidade importada foi de 408.303,0000 kg, conforme DI nº 50170203-7 de 18/02/05 - ICMS recolhido e utilizado como crédito fiscal R\$ 266.941,06. Houve emissão da Nota Fiscal de Remessa p/ Depósito nº 105188, de 11/03/05 e a Nota Fiscal de Venda nº 105216 de 11/03/2005, tendo como adquirente a empresa

Oxiteno Nordeste S/A Ind Com, relativo à mesma quantidade apontada no documento fiscal, ou seja, 408.303,0000 kg, tendo como ICMS destacado no documento fiscal, a quantia de R\$221.422,72; mês de março 2005 - o valor de R\$186.233,17, relativo à Nota Fiscal de Entrada nº 0436, considerando que a quantidade importada foi de 335.012,0000 kg, conforme DI nº 502388818-2 de 08/03/05 – ICMS recolhido e utilizado como crédito fiscal R\$ 222.567,45. Houve a emissão da Nota Fiscal de Remessa p/ Depósito nº 107452, de 05/04/05 e a Nota Fiscal de Venda nº 107523 de 06/04/2005, tendo como adquirente a empresa Oxiteno Nordeste S/A Ind Com, relativa à mesma quantidade apontada na nota fiscal de entrada acima indicada, ou seja, 335.012,0000 kg, tendo como ICMS destacado no documento fiscal a quantia de R\$186.233,17; mês de abril 2005 - o valor de R\$302.054,41, relativo à Nota Fiscal de Entrada nº 0433, considerando que a quantidade importada foi de 489.474,0000 kg, conforme DI nº 50104241-0 de 31/01/05 – ICMS recolhido e utilizado como crédito fiscal R\$ 380.292,12. Houve emissão da Nota Fiscal de Remessa p/ Depósito nº 103037, de 23/02/05 e a Nota Fiscal de Venda nº 103161 de 23/02/2005, tendo como adquirente a empresa Oxiteno Nordeste S/A Ind Com, relativa à mesma quantidade apontada na nota fiscal de entrada acima indicada, ou seja, 489.474,0000 kg, tendo como ICMS destacado no documento fiscal a quantia de 302.054,41;

Mês de agosto 2005 - o valor de R\$237.070,77, relativo a Nota Fiscal de Entrada nº 0455, considerando que a quantidade importada foi de 379.982,0000 kg, conforme DI nº 50727886-5 de 12/07/05 – ICMS recolhido e utilizado como crédito fiscal R\$265.423,85. Houve emissão da Nota Fiscal de Remessa p/ Depósito nº 118552, de 01/08/05 e a NF de Venda nº 108553 de 01/08/2005, tendo como adquirente a empresa Oxiteno Nordeste S/A Ind Com, relativa à mesma quantidade apontada no documento fiscal, ou seja, 379.982,0000 kg, tendo como ICMS destacado no documento fiscal, a quantia de R\$237.070,77;

Mês de setembro 2005 - o valor de R\$204.458,59, relativo a Nota Fiscal de Entrada nº 0456, considerando que a quantidade importada foi de 348.608,0000 kg, conforme DI nº 50802234-1 de 29/07/05 – ICMS recolhido e utilizado como crédito fiscal R\$ 251.272,64. Houve emissão da Nota Fiscal de Remessa p/ Depósito nº 120729, de 28/09/05 e a Nota Fiscal de Venda nº 120732 de 28/09/2005, tendo como adquirente a empresa Oxiteno Nordeste S/A Ind Com, relativa à mesma quantidade apontada no documento fiscal, ou seja, 348.608,0000 kg, tendo como ICMS destacado no documento fiscal, a quantia de R\$204.458,59; mês de outubro 2005 - o valor de R\$ 201.259,72, relativo à Nota Fiscal de Entrada nº 0457, considerando que a quantidade importada foi de 341.176,0000 kg, conforme DI nº 50891340-8 de 19/08/05 – ICMS recolhido e utilizado como crédito fiscal R\$ 236.398,46. Houve emissão da Nota Fiscal de Remessa p/ Depósito nº 122202, de 19/10/05 e a Nota Fiscal de Venda nº 122203 de 19/10/2005, para Oxiteno Nordeste S/A Ind Com, relativa à mesma quantidade apontada no documento fiscal, ou seja, 341.176,0000 kg, tendo como ICMS destacado no documento fiscal, a quantia de R\$201.259,72; mês de novembro 2005 - o valor de R\$ 183.555,01, relativo a Nota Fiscal de Entrada nº 0458, considerando que a quantidade importada foi de 318.506,0000 kg, conforme DI nº 51051620-8 de 29/09/05 – ICMS recolhido R\$ 211.693,49. Houve emissão da Nota Fiscal de Venda nº 124303 de 07/11/2005, para Oxiteno Nordeste S/A Ind Com, relativa a mesma quantidade apontada no documento fiscal, ou seja, 318.506,0000 kg, tendo como ICMS destacado no documento fiscal, a quantia de R\$183.555,01.

Também, em relação aos valores que a autuante não anexa os documentos, já que efetuou o lançamento com base nos registros fiscais (livros de Entrada e Apuração do ICMS), entende que devem ser excluídos da autuação para, atendendo ao disposto no art. 156 do RPAF/99, possa o Inspetor Fazendário, após Decisão em última instância administrativa, verificar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal para exigência da diferença, se houver, entre o valor creditado e o valor debitado, em relação a cada operação, a menos que o autuado efetue o recolhimento de forma espontânea antes de iniciado novo procedimento fiscal.

Constata ainda, que a autuante, equivocadamente, lança a título de utilização indevida de crédito fiscal, o valor de R\$183.555,01, lançado no mês de novembro de 2005, já que o mesmo não se refere à aquisição de mercadoria importada do exterior, e sim, operação de saída CFOP 5.102, venda para a empresa Oxiteno Nordeste S/A, através da nota fiscal nº 124303.

Concluindo, diz que, desta maneira, o valor a ser exigido neste item da autuação passa para R\$ 298.534,48, ou seja, o abaixo demonstrado:

Mês/Ano	Valor creditado	Valor debitado	Valor a estornar
Março/2005	489.508,51	407.655,89	81.852,62
Abri/2005	380.292,12	302.054,41	78.237,71
Agosto/2005	265.423,85	237.070,77	28.353,08
Setembro/2005	251.272,64	204.458,59	46.814,05
Outubro/2005	236.398,46	201.259,72	35.138,74
Novembro/2005	211.693,49	183.555,01	28.138,48
TOTAL			298.534,68

Vota pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração e recorre, de ofício, da Decisão.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente repete basicamente os mesmos argumentos expendidos na defesa, ressaltando que, caso entendam os Julgadores que os produtos importados pelo recorrente enquadram-se como “álcool, exceto para fins carburantes”, o que somente admite por amor ao debate, não há como igualmente se aplicar o regime de substituição tributária, nos termos do item “33”, inciso II, do art. 353 do RICMS/BA, ao caso em tela, uma vez que, conforme bem analisado pelo ilustre julgador à fl. 8 do Acórdão, “todas as operações com o produto, objeto da glosa dos créditos fiscais, são comercializados para a Oxiteno Nordeste S/A, que utiliza o produto como matéria prima”.

Argumenta que, por uma simples leitura do disposto no art. 355, III, “e”, temos que é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou prestação subsequente a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, o contribuinte alienante, neste Estado, de álcool, exceto para fins carburantes. Tem-se que o artigo 353 comporta um regime de **substituição para frente**. Transcreve ainda o art. 355, III do RICMS que trata da retenção ou antecipação do imposto

Finalmente, requer seja o Recurso Voluntário recebido no efeito suspensivo, bem como seja reformada integralmente referida Decisão, para que seja determinada a improcedência das infrações impostas, com a consequente anulação das multas aplicadas, bem como do imposto cobrado.

A PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, reiterando em todos os seus termos os Pareceres esposados às fls. 188/192, tendo em vista que a presente súplica recursal, além de inovar argumentações defensivas, trazendo à baila argumento não apreciado pelo órgão julgador a quo, repisou teses já apreciadas no Parecer epigrafado, restando absolutamente analisadas as matérias de fundo do presente lançamento tributário.

O Procurador do Estado ratifica o Parecer.

O recorrente encaminhou petição solicitando o adiamento do julgamento, tendo em vista que o autuado, bem como os seus representantes legais, não foram intimados, seja por e-mail ou notificação, acerca da inclusão do processo na pauta de julgamento, conforme expressamente requerido no Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de adiamento do processo, conforme requerido, tendo em vista que a Pauta da Reunião foi publicada no Diário Oficial do Estado, com inclusão do nome do Advogado representante do autuado, conforme disposto na legislação que rege a matéria.

Quanto ao mérito, restou comprovado no processo que o produto importado pelo recorrente tem aplicação exclusiva como matéria-prima, insumo na formulação de detergentes, e posteriormente, subproduto destinado à fabricação de cosméticos e similares. Também é incontestável que toda a mercadoria objeto da ação fiscal foi adquirida pela empresa Oxiteno do Nordeste S/A para ser utilizada em seu processo de industrialização. Ressalte-se que o Laudo Técnico apresentado pelo recorrente reforça esse entendimento.

Desde logo se subentende a inviabilidade do enquadramento do produto em dispositivo do RICMS que se refere a álcool para fins carburantes (uso automotivo), e álcool etílico (etanol) anidro ou hidratado, ou genericamente, “álcool”, pois o álcool graxo C12C13, tem constituição química e utilização diversas dos citados produtos.

Evidenciada a diferença das características dos produtos, que em nenhum momento foi contestada, já que não se discute a distinção dos produtos, mas, sim, a abrangência do dispositivo legal para efeito do seu enquadramento, observa-se, desde logo, que o espírito do legislador voltava-se exclusivamente para os produtos destinados ao consumo automobilístico, equiparados a óleo diesel e gasolina automotiva. Seria inadequado enquadrar-se nessa mesma conceituação para efeitos fiscais, produtos que se destinam exclusivamente à utilização como insumo industrial.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para, modificando a Decisão recorrida, julgar IMPROCEDENTE a ação fiscal, vez que a infração 2 é decorrente da infração 1, ficando, portanto, PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso de Ofício interposto e PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 281078.0001/06-0, lavrado contra UNILEVER BRASIL LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. PGE/PROFIS