

PROCESSO - A. I. Nº 147323.0033/07-1
RECORRENTE - NOVELIS DO BRASIL LTDA. (NOVELIS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0192-03/07
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 03/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0030-12/08

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS À CONTRIBUINTES DO IMPOSTO. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. SAÍDA DE MATÉRIA-PRIMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A alíquota aplicável nas operações interestaduais, que destinam mercadorias a contribuinte inscrito, é de 12%, e não de 7%. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2007, para reclamar ICMS no valor total de R\$394.356,41, acrescido da multa de 60%, relativo a três infrações:

INFRAÇÃO 1- Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, relativamente a lubrificantes utilizados na manutenção de máquinas e equipamentos, no período de fevereiro/2003 a dezembro/2006. ICMS lançado no valor de R\$7.685,51.

INFRAÇÃO 2 – Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter, o contribuinte, efetuado saídas interestaduais de mercadorias (matéria-prima) sobre as quais se debitou utilizando a alíquota de 7% ao invés de 12%, cujas operações intitulou de empréstimo, mas que não se caracterizam como desfazimento de operação com a mesma mercadoria (devolução), no período de janeiro/2003 a dezembro/2006. ICMS lançado no valor de R\$385.619,79.

INFRAÇÃO 3 – Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, relativamente à Nota Fiscal nº 47.593, de 23/05/2003, na qual foi consignada base de cálculo em valor inferior ao da operação, não havendo previsão legal para a redução. Mês de maio/2003. ICMS reclamado no valor de R\$1.051,11.

O autuado apresenta impugnação, na qual reconhece o débito lançado nas infrações 1 e 3, e contesta o débito relativo à Infração 2, alegando, quanto a esta, que os fiscais autuantes pretendem compelir a impugnante ao recolhimento de ICMS decorrente de erro na aplicação da alíquota em operações de remessa interestadual de insumos acobertadas pelas notas fiscais anexadas ao processo (fls. 20 a 259); aduz que os autuantes alegaram que, embora essas notas fiscais tenham sido emitidas para acobertar operações de devolução de matéria-prima emprestada, remetida originariamente à alíquota de 7%, acobertaram, na verdade, remessas normais de mercadorias, devendo ser aplicada a alíquota de 12%. Assevera que se trata de matéria-prima emprestada, e a alíquota aplicável na saída era a mesma aplicada na entrada, conforme artigo 651 do RICMS/BA.

Passa a descrever o processo produtivo da sua unidade industrial, para justificar a operação de empréstimo. Alega ser empresa dedicada à industrialização e à comercialização de metais, produtos químicos, eletro-químicos, eletro-metalúrgicos e metalúrgicos do ramo petroquímico,

destacando-se o alumínio, no qual o processo produtivo se divide em duas etapas, sendo indispensável, na primeira etapa, o produto óxido de alumínio, ou alumina, que é constantemente readicionado no processo produtivo, a fim de não ser interrompido o funcionamento do maquinário, o que implicaria no congelamento dos fornos e sua conseqüente imprestabilidade. Assegura que esta imprestabilidade implicaria até mesmo em paralisação das atividades da impugnante, por destruição de seu principal bem de ativo fixo. Afirma que a alumina lhe é, em regra, fornecida pela ALUMAR S.A., do Estado do Maranhão, por via marítima, mas que esporadicamente ocorrem atrasos no fornecimento, por problemas no embarque e no desembarque nos portos. Aduz que, em função desses atrasos e da urgência em manter a produção, o impugnante ocasionalmente socorre-se de empréstimos de matéria-prima junto à empresa Vale Sul Alumínio S.A., empresa também dedicada à industrialização de alumínio, sediada no Rio de Janeiro, e que esta empresa realiza remessas por via rodoviária, a título de empréstimo, para evitar a interrupção da produção do sujeito passivo. Que, nessas saídas, a Vale Sul emite notas fiscais de saídas, nas quais se debita do imposto à alíquota de 7%, prevista no artigo 14, III, 1, do RICMS/RJ, nas operações interestaduais para contribuintes da região nordeste. Que, após o recebimento regular da mercadoria alumina pelo autuado, o mesmo promove a imediata devolução da matéria-prima tomada de empréstimo, em operações acobertadas com notas fiscais de saídas, utilizando a mesma base de cálculo e alíquota das notas fiscais de remessa, com o fim de viabilizar a anulação dos efeitos do ICMS sobre essa operação, que, pela sua própria natureza, e por expressa previsão legal, deve ser neutralizada pela ausência de cunho mercantil.

Passa a caracterizar e justificar o quanto alegado, confrontando as notas fiscais enviadas pela empresa Vale Sul Alumínio S.A. para o autuado, e as notas fiscais por ele enviadas para aquela empresa, citando o Anexo 02 da impugnação e as notas fiscais objeto da Infração 2 (fls. 188 a 259)

Alega que a primeira operação de empréstimo da alumina, objeto da Infração 02, ocorreu em 16/01/2003 quando, por conta de um sinistro ocorrido no Porto de Sepetiba/RJ, o autuado e aquela empresa, visando municiar o estoque do sujeito passivo, acordaram empréstimo de 10.771 toneladas de alumina, em favor do impugnante, recebidas em 18/01/2003; que o referido empréstimo foi acobertado pelas Notas Fiscais nºs 10.430, 10.436 e 11.313 (fls. 120 a 122), emitidas pela Vale Sul, com destaque de imposto à alíquota de 7%, tendo constado, no campo “dados adicionais, a observação da natureza jurídica daquelas remessas,” *Mercadorias de n/ propr. que enviamos a título de empréstimo* “. Que, a partir de 21/01/2003, três dias após o ingresso, a alumina recebida em empréstimo foi sendo devolvida à Vale Sul Alumínio S.A., através de várias remessas por via rodoviária, as quais foram acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 45.336 a 45.697 (fls. 123 a 205), e que em 26/02/2003 a parte restante foi devolvida por via marítima, acobertada pela Nota Fiscal nº 46.220 (fl.206). Assevera que, conforme planilha acostada, onde estão relacionadas todas as notas fiscais de devolução do autuado e as relativas às entradas da matéria-prima em comento, foi devolvida a mesma quantidade tomada em empréstimo.

Passa a discorrer sobre o que define como segunda operação de empréstimo, ocasionada por atraso no fornecimento da alumina ao autuado, asseverando que, por meio da Nota Fiscal nº 51.249 (fl. 228), emitida em 15/12/2003, foram devolvidas pelo autuado 576,94 toneladas de alumina recebidas em empréstimo da Vale Sul Alumínio S.A., no período de 01/12 a 05/12/2003, acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 14.306 a 14.389 (fls. 208 a 227), em igual montante ao que foi recebido pelo sujeito passivo. Cita a planilha e notas fiscais anexadas às fls. 207 a 228.

Prossegue falando da operação de empréstimo, em que assevera que a Vale Sul Alumínio S.A., no período de 28 a 30/8/2004, com as Notas Fiscais nºs 16.930 a 16.959 (fls.230 a 240), remeteu 309,58 toneladas de alumina para o autuado a título de empréstimo, em razão de atraso no fornecimento de matéria-prima pelo fornecedor do autuado. Que a devolução deu-se com a Nota Fiscal nº 57.536 (fl.241), de 28/12/2004, emitida pelo defendente.

Aduz que a quarta operação de empréstimo ocorreu durante o período de 17 a 23/03/2006, acobertada pelas Notas Fiscais nºs 21.245 a 21.278, cujas quantidades de matéria-prima somam 296,61 toneladas e que, desta quantidade, a parcela de 276,09 toneladas já foram devolvidas pelo autuado com as notas fiscais elencadas no Anexo 02 à impugnação (fls. 253 a 259), constatando-se que o valor unitário da mercadoria é o mesmo nas notas de remessa e de devolução, e que falta devolver à Vale Sul Alumínio S.A. apenas 20,52 toneladas, o que diz que estará ocorrendo em período próximo.

Assevera que, do exame da documentação, é possível concluir-se que a quantidade de alumina devolvida à Vale Sul Alumínio S.A. é a mesma tomada a título de empréstimo, não tendo ocorrido mercancia, já que, para ambas as empresas, a mercadoria emprestada não passava de matéria-prima exclusivamente empregada em seus respectivos processos produtivos.

Afirma que não se pode cogitar, como pretenderam os autuantes, *“de que matéria-prima, por se tratar de bem fungível, não pode ser passível de empréstimo e devolução, uma vez que incontroverso no direito pátrio que tais operações podem ter por objeto coisa fungível, sendo, nestes casos, denominadas de mútuo”*. Reproduz o teor do artigo 586 do Código Civil Brasileiro, que prevê a possibilidade de empréstimo de coisas fungíveis, e dispõe sobre sua devolução. Reproduz, também, o texto do artigo 651, caput e parágrafo único, do RICMS/BA, asseverando estar evidenciado, no texto normativo, que na devolução de insumos que tenham entrado no estabelecimento, a qualquer título, devem ser tomadas como base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário e que, por isto, a alumina tomada de empréstimo foi devolvida nessas condições, com a alíquota de 7% determinada pelo RICMS/RJ, a fim de que os efeitos do ICMS fossem anulados para ambas as partes, mediante crédito/débito de idênticas proporções, tendo sido esta a intenção do legislador, ao determinar que assim se proceda na devolução de insumos tomados em empréstimo, de modo a anular o crédito do mutuário na entrada e possibilitar a anulação do débito apurado pelo mutuante na saída, de modo a neutralizar indevido efeito fiscal da operação.

Aduz que devolver a matéria-prima com alíquota maior do que o ingresso no estabelecimento incompatibiliza-se com o dispositivo regulamentar em referência, bem como com a natureza da operação, que repete não ter caráter comercial, ao contrário do pretendido pelos autuantes. Assinala que, se aceita a exigência fiscal, criar-se-ia um ganho para a Bahia (crédito de 7% e débito de 12%) e uma perda para o Rio de Janeiro (débito de 7% e crédito de 12%), e uma perda para o mutuário (5%) e um ganho para o mutuante (5%), ganhos e perdas decorrentes da aplicação de alíquotas diferenciadas entre as operações de empréstimo (7%) e sua devolução (12%). Pontua que o contribuinte de fato do ICMS é o consumidor final, que arca com toda a carga tributária que tenha onerado as fases anteriores do processo industrial e mercantil, e que aqueles que, como a impugnante, fazem a intermediação das operações, repassam para a frente a carga tributária com que arcam, como meros contribuintes de direito. Que, se aceita a exigência fiscal, criar-se-ia o paradoxo do mutuário dos insumos arcar com a parte da carga tributária relativa à diferença entre as alíquotas de 12% e 7%, por não ter como repassá-la para as fases seguintes, nem, conseqüentemente, para o consumidor final.

Requer diligência fiscal para a constatação dos fatos relatados na peça defensiva e análise dos documentos colacionados, caso a Junta de Julgamento Fiscal entenda necessário, e conclui pedindo a procedência parcial da autuação, reconhecendo-se a improcedência da Infração 02, e que sejam homologados os recolhimentos efetuados em relação aos itens 01 e 03, com a extinção dos correlatos créditos tributários.

O autuante presta informação fiscal às fls. 261 e 262, registrando a tempestividade e o reconhecimento, pelo autuado, das infrações 1 e 3, passando a pronunciar-se acerca dos argumentos defensivos da infração 2. Aduz que o lançamento exige o pagamento da diferença do imposto lançado a menos por erro na aplicação da alíquota; que o autuado *“recebeu mercadorias (matérias-primas) em operações interestaduais, a título de empréstimo, tendo em momento*

posterior, feito a remessa de igual quantidade das mesmas mercadorias, para pagamento do empréstimo recebido". Afirmar tratar-se de uma nova operação interestadual, que não pode ter o caráter de devolução, portanto não poderia ser tributada pela mesma alíquota incidente na primeira operação. Relata os termos da impugnação, e aduz que ficam dispensados maiores comentários sobre as razões da defesa porque o CONSEF já tem decisões firmadas quanto à questão. Assevera que, para haver devolução de mercadorias com base no artigo 651 do RICMS/BA, deveria haver desfazimento do negócio, ou seja, a mesma mercadoria recebida seria objeto de devolução, e que, no caso de matérias-primas, essa operação não ocorre, recebimento e devolução são duas operações distintas. Afirmar que a mercadoria recebida é utilizada e outra é devolvida em pagamento, embora da mesma quantidade, qualidade, origem, preço e especificações técnicas. Afirmar que, quanto ao suporte do ônus tributário, o contribuinte não cita a ótica da legislação. Conclui pedindo a procedência da autuação em relação à infração contestada.

À fl. 102 está acostada cópia de DAE, e às fls. 264 e 265 do PAF constam documentos emitidos pelo Sistema Informatizado da SEFAZ – INC e SIGAT, com recolhimento das parcelas relativas às Infrações 1 e 3, reconhecidas pelo defendente, no montante de ICMS de R\$8.736,62, acrescido da multa de 60%, sendo R\$7.685,51 referente à infração 01, e R\$1.051,11 relativo à Infração 3.

O julgador de Primeira Instância emite o seguinte voto:

“Inicialmente, indefiro o pedido de diligência solicitado pelo autuado, nos termos do artigo 147, I, “a”, do RPAF/99, por estarem no processo dados suficientes à formação de meu convencimento.

O Auto de Infração em foco foi lavrado para exigência do ICMS devido por três infrações: 01- crédito indevido referente à aquisição de material de uso e consumo; 02 – recolhimento a menos em razão de erro na aplicação da alíquota; e 03 - recolhimento a menos em razão de erro na determinação da base de cálculo.

O autuado reconhece as imputações referentes às Infrações 01 e 03, e as considero procedentes, por inexistir controvérsia.

Quanto à Infração 02, verifico que não assiste razão ao autuado, tendo em vista que não ocorreu a devolução da matéria-prima (alumina), como o mesmo afirma, e sim a restituição de matéria-prima, bem fungível com idênticas características, valores e quantidades.

Ocorre que o texto da defesa não faz distinção entre devolução e restituição, mas o artigo 586 do Código Civil Brasileiro - CCB, citado pelo defendente à fl. 75, descreve o mútuo, que trata de restituição, e de fato foi o que ocorreu, ou seja, o autuado, mutuário, restituiu ao mutuante, Vale Sul Alumínio S.A., o que dele recebeu, em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, conforme demonstram as planilhas às fls. 118/119, 207, 229 e 242, e respectivas cópias de notas fiscais emitidas pela empresa Vale Sul Alumínio S.A. e pelo autuado, citadas na defesa, tendo sido as notas fiscais emitidas pelo defendente as que foram objeto da autuação, como visto no demonstrativo de fl. 09 a 11, parte integrante do Auto de Infração.

Na restituição, o objeto restituído é outro, embora de iguais características, e na devolução trata-se do mesmo objeto emprestado. No caso de matéria-prima, tendo sido esta consumida no processo produtivo, como reconhece o autuado, o que é restituído é bem fungível de igual natureza.

A definição de bem fungível encontra-se no dicionário jurídico:

Bens Fungíveis. A lei civil brasileira, sem afastar-se do sentido próprio da expressão, tido desde a era romana, conceitua como bens fungíveis todos os bens móveis que se possam substituir por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. (Silva, De Plácido e, 26ª edição, fl. 214).

O artigo 651, caput e parágrafo único, do RICMS/BA, também transcrito pelo defendente, trata de devolução, instituto diferente da restituição, pelo que não se aplica ao caso da restituição do bem fungível “alumina”, objeto da imputação.

O sujeito passivo assevera, ao longo da defesa, que a matéria-prima recebida em empréstimo foi consumida em seu processo produtivo, e outra matéria-prima, bem fungível, foi restituída à empresa Vale Sul Alumínio S.A., ressaltando que a restituição deu-se em igual quantidade, valores tributação e características.

Conforme preceitua o artigo 109 do Código Tributário Nacional - CTN, ainda que se tratasse indistintamente, no Direito Civil, as operações de restituição e de devolução, este tratamento não poderia ter efeito tributário:

“CTN:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.”

Mas o artigo 586 do CCB, no dispositivo apontado pelo sujeito passivo, não trata de devolução e, sim, de restituição:

“CCB:

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.”

Não se tratando de devolução, não cabia, nas restituições para a empresa que fez o “empréstimo”, Vale Sul Alumínio S.A., localizada no Rio de Janeiro, a aplicação da alíquota de 7% utilizada por essa empresa quando destinou a matéria-prima ao autuado. Nas remessas da Bahia para o Rio de Janeiro, tratando-se de operações interestaduais entre contribuintes inscritos, era aplicável, à época dos fatos geradores da imputação, a alíquota de 12% prevista no artigo 15, II, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao ganho para o Estado da Bahia, e ao fato de o contribuinte de direito, no caso presente o autuado, suportar o ônus da diferença entre as alíquotas de 7% no envio da matéria-prima (alumina), e de 12% na sua restituição, inexiste óbice legal a esta situação, provocada pelo fato de a empresa ter sofrido a necessidade de repor insumo indispensável às suas atividades industriais, ainda que sem caráter de mercancia, como afirma.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido, conforme DAE à fl. 102 e extratos do Sistema Informatizado SEFAZ - SIGAT e INC - às fls. 264 e 265.”

Em sede de Recurso Voluntário a Recorrente, em longo arrazoado, repete basicamente as mesmas alegações expendidas em sua defesa, requerendo, finalmente, a improcedência do item 2 do Auto de Infração.

Alega que a decisão vergastada se sustenta unicamente no argumento de que, na hipótese dos autos, não ocorreu a devolução da matéria-prima tomada em empréstimo, mas sim a sua restituição, pelo que não seria aplicável o art. 651 do RICMS/BA. No seu entender ficou evidenciado que as operações que deram azo ao lançamento se traduziram em verdadeiros empréstimos gratuitos de matéria prima entre empresas, que, eventualmente, e por razões variadas, se depararam com situações de desabastecimento, socorrendo-se uma da outra para evitar eventual descontinuidade de seu processo produtivo. Discorre longamente sobre a operação de mutuo, que constitui o empréstimo de coisas fungíveis, adentra-se no Código Civil, no capítulo das Obrigações de dar, fazer e não fazer, com destaque para a obrigação de restituir, caracterizando-se por envolver uma devolução, para concluir que a restituição prevista no Código Civil corresponde a uma verdadeira devolução. Assevera que o empréstimo de matéria realizado,

embora tenha perfeito uma circulação jurídica de bens, não possui o caráter mercantil, e, portanto, não configura efetiva circulação de mercadorias.

Requer, finalmente, seja julgada totalmente improcedente a infração 2.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, com a seguinte fundamentação: *“Por fim, da análise do Recurso Voluntário, ora em comento, observamos que todos os seus argumentos já foram analisados em 1ª Instância, motivo pelo qual, não tem o poder de modificar a Decisão guerreada, a qual está correta e proferida com embasamento legal; ademais, restou efetivamente comprovada a infração, como também, o contribuinte não apresentou qualquer documento novo, ou ainda, trouxe fundamentos capazes de elidir a atuação. Até porque, é de conhecimento cediço de que o fato do contrato de mútuo ter sido firmado entre duas empresas não deixa dúvidas de que sua característica é eminentemente mercantil conforme reza a maioria da doutrina nacional e o próprio Código Civil, razão pela qual não há dúvidas de que houve a efetiva circulação de mercadorias entre o Estado da Bahia e o do Rio de Janeiro, daí, a aplicação correta de 12% prevista no art. 651 do RICMS/BA.”*

VOTO

Ao analisar o processo cabe ao julgador levar em consideração a verdade material, elemento essencial à determinação da intenção do sujeito passivo e à caracterização da infração. No caso presente, em nenhum momento houve contestação quanto à natureza da operação realizada entre o autuado e a empresa remetente das mercadorias, ou seja, a matéria-prima, alumina - remetida por empresa similar - indispensável à sequência das operações do recorrente. Também em nenhum momento houve contestação para o fato alegado de que a mercadoria foi remetida a título de empréstimo, restituída por outra absolutamente igual. Essa constatação determina indubitavelmente que não se tratou de operação mercantil, com fins lucrativos ou de revenda, mas de um simples empréstimo, sem caráter comercial, pois o produto destinava-se ao consumo próprio do autuado, utilizado no seu processo de produção industrial.

A indefinição decorrente da fungibilidade do produto, neste caso carece de relevância, pois a discriminação nas notas fiscais, e sua própria natureza, não deixam dúvidas de que se trata da reposição de produtos com as mesmas características e destinação.

Portanto, restando-nos a convicção de que se trata de operações de devolução de mercadorias cedidas, sem caráter mercantil, não há como se pugnar pela incidência do ICMS.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de infração.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* ao nobre relator para discordar em parte dos seus fundamentos e, na totalidade, da sua conclusão.

Creio como ele, que cabe ao julgador, quando da análise de um PAF levar em consideração a verdade material, e como bem o disse *“elemento essencial à determinação da intenção do sujeito passivo e à caracterização da infração”*.

Não se trata simplesmente de analisarmos se houve ou não contestação quanto à natureza da operação realizada entre o autuado e a empresa remetente das mercadorias. O que ocorre, como colocou o Sr. procurador presente à sessão de julgamento, que esta matéria-prima, alumina - remetida por empresa similar – e indispensável, portanto, à sequência das operações do recorrente não poderia jamais ser “devolvida”, exatamente por integrar os produtos elaborados pela ora autuado.

Independentemente das questões relativas ao preço da mercadoria “emprestada” no que concerne

ao seu valor no mercado internacional, ao valor do frete, etc. o que temos é na verdade um contrato onde a natureza comercial emerge indubitavelmente. Ressalto, também, o comentário do Sr. procurador que *“é de conhecimento cediço de que o fato do contrato de mútuo ter sido firmado entre duas empresas não deixa dúvidas de que sua característica é eminentemente mercantil conforme reza a maioria da doutrina nacional e o próprio Código Civil, razão pela qual não há dúvidas de que houve a efetiva circulação de mercadorias entre o Estado da Bahia e o do Rio de Janeiro, daí, a aplicação correta de 12% prevista no art. 651 do RICMS/BA.*

Peço desculpas mais uma vez para, contrariando o prezado colega, dizer que a mercadoria tida como “restituída” era absolutamente outra. Este fato nos leva indubitavelmente a afirmarmos que se tratou de operação mercantil, cujos fins lucrativos ou outros quaisquer se vinculam ao contribuinte. Confunde também V.Exa. quanto ao fato de indicar tal produto como “consumo próprio” e “utilizado no processo industrial”. Opto pela lógica de que, se tratando de matéria-prima será utilizado no processo industrial não se enquadrando como bem de consumo.

A fungibilidade do produto, tem alguma relevância, e a discriminação nas notas fiscais, e sua própria natureza, não deixam dúvidas de que se trata de produtos com características semelhantes à enviada pelo remetente, porém com destinação exatamente contrária.

Estou certo de que se trata de operações de “devolução de mercadorias”, com caráter mercantil e, portanto, subsume-se à norma de incidência do ICMS.

Em face do exposto, voto no sentido NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147323.0033/07-1**, lavrado contra **NOVELIS DO BRASIL LTDA. (NOVELIS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$394.356,41**, acrescido da multa de 60% prevista nos incisos VII, “a” e II, “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antônio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Fauze Midlej e Márcio Medeiros Bastos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – VOTO VENCEDOR

DERALDO DIAS DE MORAES NETO – REP. PGE/PROFIS