

A. I. N° - 269194.0031/07-0
AUTUADO - OXITENO NORDESTE S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP - INDÚSTRIA
INTERNET - 06.03.2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0061-01/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Comprovada a destinação dos materiais para uso e consumo, que o autuado alega se tratarem de insumos ou ativo. Acusação subsistente. **b)** DESTAQUE A MAIS DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. Fato não impugnado pelo sujeito passivo. **c)** FALTA DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. **d)** UTILIZAÇÃO MAIOR DO QUE O DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. **e)** DESTAQUE A MAIS DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL E/OU NÃO DESTACADO. Ficou demonstrado se tratar de transferência e não empréstimos. Infrações caracterizadas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO E ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o pagamento do imposto da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais para as operações elencadas nestes itens. Excluídas da exigência apenas as aquisições a título de “cestas básicas” em face da alíquota utilizada nas operações internas. Infração parcialmente subsistente. 3. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. MERCADORIA DESTINADA A OUTRO ESTADO. 5. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. 6. TRASFERÊNCIAS DE MERCADORIAS PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. PREÇO MENOR DO QUE O DE AQUISIÇÃO. 7. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 8. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Infrações reconhecidas pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, exige o ICMS no valor de R\$613.605,41, acrescido da multa de 60%, pelas seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 110.490,62, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Período de maio, setembro e outubro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004. Consta que se trata de materiais utilizados no tratamento de efluentes líquidos, da água para refrigeração, sistema de água potável, inibidores de corrosão do sistema de geração de vapor, uso em laboratório e peças mecânicas de reposição e que se desgastam no processo produtivo.

2. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 64.033,72, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Período de maio e setembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a dezembro de 2004. Consta que esta infração decorre da anterior e aplica-se às entradas interestaduais de materiais de uso de consumo.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 1.313,98, em decorrência de destaque de imposto maior nos documentos fiscais. Períodos de janeiro a agosto de 2002. Consta que se trata de erro de cálculo detectado em planilha mensal de lavra deste contribuinte que, quanto ao crédito fiscal a ser lançado no livro registro de entradas relativo a fretes pagos na qualidade de tomador do serviço na compra de matérias primas, apropriou-se de valores indevidamente somados ao total mensal creditado.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 479,02, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Período de janeiro e fevereiro de 2002 e fevereiro de 2004. Consta que se refere a uso de crédito fiscal através de conhecimento de transporte rodoviário de cargas – CTCR, que não foi apresentado.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 60.092,16, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Período de julho de 2003 e julho de 2004. Consta que as notas fiscais números 164.667 e 156.684 de aquisição de energia elétrica junta à Coelba, o contribuinte, por equívoco, utilizou-se como crédito fiscal, da base de cálculo e não o crédito a partir dela calculado.
- 6 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 65.968,23, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Períodos de janeiro, março, maio, agosto, outubro a dezembro de 2002, janeiro a maio, agosto, outubro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004. Consta que o recolhimento a menos do ICMS se deve a aquisições, transferências interestaduais de materiais de uso e consumo como para o ativo imobilizado.
7. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 5.529,56, com substituição por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Período de maio de 2002. Consta que as aquisições foram junto a unidades da Brasken Insumos Básicos sujeitas ao regime de diferimento com encerramento na entrada deste contribuinte. Valor apurado pelo autuado foi inferior ao devido.
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS no valor de R\$ 50.965,24, em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais. Período de junho de 2002. Consta que houve destaque a mais na nota fiscal (12% ao invés de 7%). Trata-se de operação de transferência interestadual de materiais primas para este contribuinte (álcool laurílico e sorbitol) que foram posteriormente utilizados no processo produtivo. Tempos depois foram devolvidos os mesmos tipos de matérias primas, com as mesmas quantidades e qualidades. Não poderia tal operação ser taxada de comodato, por não estarem envolvidos bens infungíveis, ao contrário, é caso típico de bem fungível.
- 9 - Recolheu a menos ICMS no valor de R\$ 26.625,00, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período de outubro e novembro de 2002. Consta que se trata de retorno de matéria prima emprestada como aplicação de alíquota de 7% ao invés de 12%. A operação realizada amolda-se a devolução de empréstimo de bem fungível, ou seja, diferente da matéria prima recebida. Esta fora recebida e consumida no processo produtivo deste contribuinte e portanto não existe mais. O que foi devolvido foi outra matéria prima coincidente porém em gênero, quantidade e qualidade.
10. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 6.624,05, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Período de julho de 2002 e abril de

2004. Consta que a nota fiscal número 63.840, refere-se a saída de produto onde houve destaque do imposto, que, por sua vez, foi omitido quanto do lançamento do livro registro de saídas. No segundo caso, houve remessa de mercadorias a Oxitendo-SP, com o fim de demonstração sem, contudo, ter havido o destaque do ICMS.

11. Efetuou saída de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção. ICMS exigido no valor de R\$ 42.279,05. Períodos de junho a novembro de 2003 e maio de 2004. Consta que se entende como custo de produção, para os casos de transferência interestadual, o somatório das seguintes parcelas: os custos de matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra e que este valor do custo foi fornecido pelo autuado.

12. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 23.136,11, em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Período de janeiro, maio, junho de 2002 e junho de 2004.

13. Recolheu a menos o ICMS, no valor de 156.068,67, devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas. Períodos de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a julho, setembro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004.

O autuado, às fls. 378 a 406 dos autos, apresenta tempestivamente a impugnação, ressaltando inicialmente que, das 13 (treze) infrações destacadas no auto lavrado, houve por bem a empresa efetuar o pagamento dos valores envolvidos nos itens 03, 04, 05, 07, 10, 11, 12 e 13, utilizando-se, para tanto, de Certificado de Crédito Acumulado de ICMS e Nota Fiscais Avulsas, para quitação parcial do Auto, conforme demonstrativos anexos (doc. 02).

Não se conforma, entretanto, com os critérios e razões que nortearam a lavratura do Auto de Infração, no tocante aos itens 01, 02, 06, 08, 09.

Em relação às infrações 01 e 02, argumenta que os itens levantados pela fiscalização e considerados como materiais de consumo foram: Cloro Gasoso, Cloro Liquefeito, Hidróxido de Sódio 50%, Ácido Sulfúrico 98% e a linha Kurita (Kuriless 100, Kurilex L109, Kiroroyal E 515, e S255, Kurita BC 352, Kurita BC 173, Kurita OXA 101, Kurizet A651 5127, S208, 5601, T227, MIZUCLEAN -401). Além disso, foram questionados os créditos de Juntas, Válvulas e Selos Axiais, também considerados itens de consumo, mas na realidade, bens do ativo permanente.

Entende o autuado que tais mercadorias não podem ser consideradas como itens de uso e consumo, pois, inerentes ao processo produtivo e são utilizados em separações e reações de produtos do impugnante e no tratamento de água do processo.

Relaciona os produtos que foram objeto de glosa, indicando a sua relação com processo produtivo de cada um dos produtos listados:

ACIDO SULFÚRICO 98% - Regeneração das resinas da unidade de Óxido de Eteno e neutralização de Efluentes.

BALDE DE AÇO CHAPA - Equipamento 0,45.

BOROHIDRETO DE SÓDIO PA - Aditivo utilizado nas Etanolaminas.

CLORO GASOSO - Tratamento de Água de Resfriamento.

CLORO LIQUIFEITO - Tratamento de Água de Resfriamento.

HIDRÓXIDO DE SÓDIO 50% - Regeneração das resinas da unidade de Óxido de Eteno, Catalisador da Unidade de Etoxilação e neutralização de Efluentes

JUNTA G-102 - Junta espirotática inox com enchimento de teflon. É usada para DIÂMETRO 2 promover vedação em equipamentos de alta pressão, boca de visita de alguns vasos, etc.

KURLESS 100 - Anti-Espumante a base de silicone. Utilizado na unidade química para minimizar a formação de espuma nos seus efluentes.

KURILEX L-109 - Produto a base de nitrito que age como inibidor de corrosão tipo passivante no sistema fechado de resfriamento (Unidade Química). KURIROYAL F-515 - Resfriamento (U-6501). A base de Terpolímero de MA / IA / AMPS e fosfato orgânico.

KURIROYAL F-255 - Inibidor de incrustação e corrosão usado no sistema aberto de resfriamento.

KURIROYAL S-255 - Produto a base de fosfato e sais de zinco. Atua como inibidor de corrosão e incrustação no sistema de AGR.

KURITA BC 351 - Produto a base de fosfato utilizado em caldeiras para controle de incrustação.

KURITA BC 173 - Produto a base de polifosfato de sódio usado nas caldeiras e geradores de vapor de óxido I e II para controle de incrustação e pH.

KURITAOXA 101 - Atua como sequestrante do oxigênio dissolvido no sistema de geração de vapor.

KURIZET A651 - Agente biocida utilizado no controle de microorganismos e retenção de slime em sistemas de resfriamento.

KURIZET S-127 - Produto a base de fosfato misto e polímero utilizado com inibidor de corrosão em sistema de resfriamento.

KURIZET S-208 - Produto a base de fosfato e zinco utilizado como inibidor de corrosão em sistema de resfriamento.

KURIZET S-601 - Inibidor de corrosão a base de zinco utilizado no sistema de AGR.

KURIZET T-227 - Inibidor de incrustação usado em sistema de resfriamento.

MIZUCLEAN L-401 - Composto a base de polifosfato utilizado como sequestrante de ferro no tratamento de água potável.

Selo, Axial, GBS, Tam. 55 Utilizado em selagem de Bombas Centrifugas para evitar vazamentos, que ocasionariam perdas e contaminação.

Selo, Axial, GBS, Tam. 70 Utilizado em selagem de Bombas Centrifugas para evitar vazamentos, mm que ocasionariam perdas e contaminação.

“VP800-AC 1/2” - Equipamento

VALV.PISTAO

Argumenta que as glosas dos créditos não podem prosperar, passando às suas razões.

Afirma que as separações e reações envolvem o aquecimento e resfriamento dos produtos, o que é feito pelos trocadores de calor. Para que o processo de resfriamento ocorra é necessária a utilização da chamada “água de resfriamento”. A água de resfriamento passa pelo trocador de calor, que contém o produto químico fabricado pelo impugnante.

Assevera que os insumos Cloro, linha Kurita e Kurizetes são empregados no tratamento da água de resfriamento. Tal tratamento é imprescindível ao processo produtivo, pois, ao tratar a água de resfriamento, que passa pelo trocador de calor, evita-se, principalmente, a contaminação do produto e a parada do processo produtivo, que se dá pela formação de bactérias. Assim sendo, é indispensável tratar a água de resfriamento, pois, do contrário o resultado será a produção de produtos contaminados.

Apresenta Laudo Técnico, elaborado pela Senhora Perita Judicial Guaraci Mendes Netto, apresentado em ação ordinária, onde se discute matéria similar à da infração ora impugnada, buscado ratificar suas afirmações.

Afirma que esse também é o entendimento do ilustre membro da 2ª Câmara Julgamento Fiscal do CONSEF, o Sr. José Carlos Boulhosa Baqueiro, em seu voto no acórdão nº 0706/01, proferido em 14/05/2001, onde o mesmo afirma que sempre entendeu que os produtos que são consumidos no processo produtivo, permitindo que os produtos sejam fabricados, mesmo que não façam parte dos mesmos, são produtos intermediários, tendo, por conseguinte, a Empresa direito ao crédito do imposto relativo aos mesmos.

Complementa o autuado ao dizer que resta evidente que os insumos Cloro, Kurita e Kurizetes integram o processo produtivo do impugnante, pois, sem eles, a sua produção restaria absolutamente comprometida pela contaminação dos produtos e, até mesmo, por sua paralisação.

Transcreve, ainda, trecho da Decisão Normativa CAT, nº 01/2001, de São Paulo, que, segundo o autuado, deixa clara a natureza de tais produtos, que se constituem em insumos:

Argüi que o Acórdão CS nº 0015-21/02 (transcreve o voto do relator) , proferido pela Câmara Superior, decidiu pelo direito ao crédito na aquisição de determinados produtos considerados, ao final, insumos ou produtos intermediários, tendo sido garantido o direito ao crédito pelas suas entradas. Tal Acórdão foi exarado com base em diversas decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Argumenta que todos os produtos citados são consumidos integralmente no processo industrial, não importando se são consumidos totalmente ou apenas em parte. O fato é que todos eles são essenciais ao processo e a sua retirada alteraria o produto ou a qualidade deste.”(g.n.)

Aduz que a matéria do Acórdão CS 0015-21/02 é idêntica à discutida nos presentes autos. O voto do Relator não poderia ter sido mais esclarecedor. E a conclusão da Câmara Superior é, acertadamente, favorável ao direito ao crédito.

Entende que a função de seus produtos é idêntica à função dos produtos da Recorrente, na citada decisão, qual seja: evitar contaminação do produto e a paralisação do processo produtivo, sendo certo que, em nenhum dos casos, o produto adquirido com crédito integrará o produto final.

Ressalta que foi mencionado nessa decisão um Parecer da PROFAZ concordando com o direito ao crédito, em consonância com um Parecer da ASTEC e com a decisão da 4ª JJF, ambos no mesmo sentido e que a própria Junta de Julgamento Fiscal já se manifestou nesse sentido em caso análogo ao do presente Auto de Infração, como se depreende da recente Decisão JJF nº 0079-01/02, cujo Voto reproduz.

Desta forma, conclui o autuado, está provado que sua interpretação de que os produtos Cloro, linha Kurita e Kurizetes são consumidos no processo produtivo, permitindo que os produtos da linha da Oxiteno sejam fabricados e, ainda, que esses insumos são essenciais ao processo, e a sua retirada alteraria o produto ou a qualidade deste, é compartilhada com membro do CONSEF, com a Coordenadoria de Administração Tributária de São Paulo, com a Câmara Superior, com a PROFAZ e com a ASTEC, não podendo prosperar a autuação.

Quanto a utilização do Ácido Sulfúrico e o Kuriless 100, no tratamento de efluentes, afirma que é utilizado para fazer com que o pH baixe, quando o mesmo está alto. E um produto neutralador de pH, utilizado na água ao final da produção, porque esta é a ordem do processo produtivo, tendo em vista questões industriais e ambientais, legalmente impostas. Assim entende que o Ácido Sulfúrico é insumo.

Já o Kuriless 100, segundo o impugnante, é utilizado como antiespumante. Assevera que alguns produtos produzidos pela fábrica, principalmente na unidade de etoxilação (química), são utilizados na fabricação de detergentes. Quando da troca de produção, as unidades precisam ser lavadas e, quando isso acontece, é gerada muita espuma. Para que os efluentes cheguem num estado razoável em seu destino, é preciso usar esse o Kuriless 100, para que não seja formada tanta espuma. Desta forma, é clara também a constituição do Kuriless 100 como insumo do processo produtivo.

Complementa quem, se o impugnante não produzisse, não existiria sobra de água e, por conseguinte, não usaria o Ácido Sulfúrico e tão menos o Kuriless. Esses produtos só são adquiridos em função da produção e a indústria só está produzindo porque o impugnante adquire Ácido Sulfúrico e Kuriless para tratar a sobra de água.

Cita o Acórdão, já mencionado anteriormente, CS nº 0015-21/02, proferido pela Câmara Superior, que segundo ele, corrobora com suas alegações, na medida em que dá direito ao crédito na aquisição de produtos utilizados no tratamento de efluentes.

Afirma que a utilização do Ácido Sulfúrico e do Kuriless é exatamente a mesma utilização dos produtos mencionados no Acórdão. Não resta dúvida, pois, do direito ao crédito na aquisição do Ácido Sulfúrico e do Kuriless, conforme entendimento da Câmara Superior, amplamente fundamentado no referido Acórdão.

Reproduz o entendimento da Coordenadora da Administração Tributária de São Paulo, conforme se extrai da Decisão Normativa CAT no 01/2001.

Conclui que os produtos químicos utilizados no tratamento da água do processo industrial e no tratamento de efluentes são totalmente indispensáveis ao processo industrial, tendo o impugnante, por conseguinte, indiscutível direito ao crédito do imposto referente a estes insumos.

Complementa afirmando que o Ácido Sulfúrico e o Hidróxido de Sódio são utilizados, também, na recuperação da resina de troca iônica, totalmente vinculada, portanto, ao processo produtivo.

Por fim, descreve a utilização dos produtos Kurita. Afirma que em seu processo produtivo, a fábrica precisa de vapor d'água. Para obter o vapor d'água, o impugnante utiliza água desmineralizada e, com ela, alimenta uma caldeira onde será gerado o vapor. Segundo ele ocorre que a água que entra na caldeira e que gerará o vapor deve primeiramente ser tratada, a fim de evitar, principalmente, a contaminação do produto e a paralisação do processo produtivo. Assim sendo, é indispensável tratar a água de caldeira, pois, do contrário o resultado será a produção de produtos contaminados e a paralisação do processo industrial.

Complementa que a utilização dos produtos para tratamento da água de caldeira tem função idêntica aos produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração.

Mencionar o que dispõe o inciso I, do §1º, do artigo 93, do RICMS/97, para afirmar que o aludido produto é consumido no processo produtivo, reproduzindo parte do voto constante do Acórdão da JJF nº 0079-01/02.

Transcreve o inciso I, “b”, §1º, I, “a”, “b”, e “c”, II do art. 93 do RICMS/BA, para concluir a infração 01 não deve prosperar, primeiro porque as mercadorias adquiridas pela impugnante são, na verdade, insumos consumidos no processo de industrialização e não material de uso e consumo, como pretendeu o fiscal; segundo, porque o RICMS/97 prevê, expressamente, o direito ao crédito de ICMS na aquisição de insumos.

Afiança que não deve prosperar também a alegação do auto de que bens do ativo imobilizado não geram direito ao crédito. Assevera que o fisco denominou os itens cujos créditos de ICMS foram glosados, como peças mecânicas de reposição.

Reproduz o conceito de Ativo Imobilizado constante da Lei 6.404/76, em seu artigo 179, IV, além de mencionar a regra contida na Lei 6.404/76, bem como as regras de contabilidade referentes ao ativo imobilizado, com base nos conceitos do MANUAL DE CONTABILIDADE DAS SOCIEDADES POR AÇÕES, da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras— FINECIFI, órgão de apoio ao Departamento de Contabilidade e Atuária da Faculdade de Economia Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo — USP, sendo autores os professores Sérgio de Ludicibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke.

Concluindo que há de ser verificada a circunstância que envolve a aquisição das peças para que

seja determinada a contabilização das mesmas no Ativo Imobilizado ou na conta de Estoques.

Assevera que os bens do ativo questionados pelo fisco, dentre estes Juntas, Válvulas e Selos Axiais, tratam-se de peças de ativos estratégicos, de uso específico em equipamento, para que este não perca a função ou tenha seu uso paralisado. Portanto, tratam-se de bens necessários à manutenção das atividades da empresa, conforme conceituação da Lei das S.A's e das regras de contabilidade. Todos eles foram, conforme entendimento do impugnante, corretamente classificados no Imobilizado.

Afirma que foram obedecidas as normas dos artigos 19, 20, 33, III e 36, da Lei Complementar 87/96, e que o crédito utilizado pelo impugnante é legítimo, passando a reproduzir os aludidos dispositivos.

Quanto a Infração 06, alega que são cestas básicas para distribuição aos funcionários, assim, não pode prosperar a infração lavrada, pois, o art. 51 do RICMS do Estado da Bahia também determina a aplicação de 7%, equivalente à alíquota interestadual de remessa de mercadorias para Bahia originárias da região Sudeste, para os produtos da cesta básica, dentre eles: arroz, feijão, milho macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca.

Aduz que não poderia ser cobrada diferença de alíquotas para aquisições de micro empresas e empresas de pequeno porte porque os documentos fiscais de tais empresas não transferem crédito de ICMS e se não há incidência na operação interestadual, não há porque ser devida qualquer diferença de tributação para o Estado.

Quanto à infração 08, diz que as operações registram a saída e entradas decorrentes de devolução de matérias-primas, ou seja, do retorno do mesmo produto emprestado, sendo a empresa a remetente ou destinatária. Entende que, nesses casos, ao contrário do que menciona o auto de infração lavrado, o ICMS é totalmente tributado, muito diferente no que ocorre com o regime de comodato, cujo ICMS é não incidente nos termos do art. 6º, XIV, letra "a" do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. Portanto, a empresa não dá a essas mercadorias o tratamento de comodato, mas sim de empréstimo, totalmente tributado.

Alega que por ser a operação de devolução de natureza interestadual, a empresa segue o preceito adotado tanto na legislação de ICMS do Estado de São Paulo, quanto no Estado da Bahia, disciplinado pelo Convênio ICMS 54/00, que assim determina:

“Na operação interestadual de devolução, total ou parcial de mercadoria ou bem, inclusive o recebido em transferência, aplicar-se-á a mesma base de cálculo e a mesma alíquota constante do documento que acobertar a operação anterior de recebimento da mercadoria ou bem”.

Assevera que o Convênio mencionado, do qual é signatário o Estado da Bahia, menciona, em caráter genérico, qualquer operação interestadual, o que abrange, inclusive, as operações de empréstimo de matérias-primas realizadas pela empresa. O auto de infração parte de premissa de que, no caso, somente os bens infungíveis seriam passíveis de devolução.

Entende que são definidos como fungíveis os bens ou mercadorias que se apresentam em condições econômicas de admitir substituição, enquanto não fungíveis se exibem com qualidade oposta e que, além da norma não mencionar qualquer requisito ‘infungibilidade ou fungibilidade’ para que seja acatada a devolução, a mesma alíquota da remessa, de fato, as operações contestadas registram a devolução dos mesmos insumos emprestados, ou seja, o impugnante remeteu em empréstimo matéria-prima e recebeu em devolução a mesma matéria - prima. Aliás, nem poderia ser diferente, pois do contrário não haveria interesse no empréstimo anteriormente efetuado.

Ressalta ainda que qualquer prejuízo restou ao erário na operação praticada dessa forma.

Conclui o autuado que , seguindo estritamente a legislação, as devoluções de matérias- primas efetuadas e recebidas pelo impugnante tiveram como escopo a anulação dos efeitos da operação

originária, na medida em que se o que se devolveu ou remeteu fora o mesmo insumo anteriormente remetido ou recebido, de modo a se guardar a absoluta equivalência, tanto no que tange à alíquota, quanto em relação à base de cálculo dos impostos destacados nestas operações.

Reproduz o art. 155, II, IV da CF e da Resolução nº 22/89 do Senado Federal, para concluir que o impugnante seguiu, na operação de remessa a estrita legislação aplicada ao tema, aplicando nessa operação a alíquota de 12%, conforme determinação constitucional. E não foi diferente sua conduta na devolução dos insumos envolvidos no empréstimo realizado.

Afirmando que, ao contrário, portanto, do que alega a infração lavrada, nos termos do Convênio ICMS 54/00 e da legislação do ICMS do Estado de São Paulo, que o adota em sua plenitude, a diferença de crédito de ICMS pelo Estado da Bahia não poderia ser exigida, pois, cabível na operação de devolução a mesma alíquota utilizada na operação de origem, no caso a alíquota interestadual de 12%.

Em relação à infração 09, alega que se equivocou a fiscalização, pois, seguindo a legislação estadual aplicável no Estado de saída da mercadoria, no caso, o próprio Estado da Bahia, a alíquota a ser aplicada na devolução de mercadoria recebida a título de empréstimo é a mesma da remessa.

Segundo o autuado, nessa situação, tendo o impugnante recebido, a título de empréstimo mercadorias de contribuintes localizados no Estado de São Paulo, em estrita consonância com a Resolução do Senado Federal 22/89 anteriormente descrita, à alíquota de ICMS de 7%, não poderia, sob pena de contrariar a legislação tributária em vigor do Estado da Bahia, devolver a mercadoria utilizando-se de outra alíquota, qual seja a de 12%, como queria a fiscalização.

Argúi que por ocasião da devolução da matéria-prima anteriormente remetido impugnante seguiu rigorosamente a regra descrita pelo Convênio 54/00 e art. 651, parágrafo único do RICMS/BA, que passou à sua transcrição.

Argumenta que, sendo a operação de devolução, a conduta contrária do impugnante, como queria a fiscalização geraria, fatalmente, a glosa de o crédito tributário da diferença, ou seja, dos 5% de ICMS, no Estado de São Paulo.

Entende que, exatamente por essa razão, o Convênio ICMS 54/00 fora celebrado entre os Estados, pois, do contrário, seriam os contribuintes constantemente autuados em face de diferentes políticas fiscais entre Estados.

Por esse motivo, entende o autuado, não pode prosperar o auto de infração lavrado, na medida em que, sendo o Estado da Bahia, signatário desse Convênio, e tendo adotado em sua legislação seu estrito teor, não pode o impugnante ser penalizada por seguir estritamente, a legislação estadual que está obrigada.

Assevera que não é devida a alegação constante do auto de infração, de recolhimento de ICMS a menor por parte do impugnante, pois, conforme comprovado, na operação, foram seguidas estritamente as normas constantes do Regulamento de ICMS vigentes no Estado da Bahia, bem como as disposições constantes do Convênio ICMS 54/00, do qual o Estado é signatário.

Requer, por fim, que seja julgamento pela improcedência das autuações referentes às infrações 01, 02, 06, 08, 09, constantes do Auto de Infração e homologação da quitação referente às infrações 03, 04, 05, 07, 10, 11, 12 e 13 do Auto de Infração lavrado.

O autuante, às fls. 415 a 425 dos autos, apresenta a informação fiscal, rebatendo os argumentos da defesa, inicialmente em relação à infração 01. Afirmam que essa infração teve como objeto a glosa dos créditos fiscais relativos às aquisições de materiais de uso e consumo, quais sejam: materiais utilizados no tratamento de efluentes líquidos, da água de refrigeração, inibidores de corrosão do sistema de geração de vapor e de água potável, uso em laboratório e peças mecânicas de reposição e que se desgastam no processo produtivo.

Passa a analisar, agrupadamente estes itens, para demonstrar os motivos que ocasionaram a glosa dos créditos fiscais correspondentes, conforme segue:

“1. Ácido Sulfúrico/Soda Cáustica/Kuriless 100: São todos materiais utilizados na área de tratamento de efluentes líquidos. Esta assertiva é, inclusive confirmada pela autuada em sua contestação — folha 381 e seguintes -. Os dois primeiros materiais servem para controlar o pH do efluente para que ele esteja com acidez dentro de faixa aceitável quando do seu envio para tratamento na Central de Tratamento de Efluentes Líquidos — CETREL. O Kuriless 100 serve para reduzir a intensidade de espuma presente na corrente líquida que vai para o tratamento de efluentes. Em outras palavras, todos esses materiais são consumidos em área que, a despeito de sua importância no controle ambiental, não fazem parte efetivamente do processo industrial, sendo que o seu não uso não acarreta qualquer problema à continuidade do processo produtivo, tendo este o seu fluxo normal, apesar da ausência desses três materiais. Cabe ressaltar que os dois primeiros materiais têm outras utilizações no processo industrial da autuada, quais sejam:

regeneração das resinas da unidade de óxido de etileno e catálise na unidade de etoxilação, porém a quantidade desses itens que foram absorvidos nessas últimas áreas não fazem parte desta infração, apenas é seu objeto as quantidades utilizadas na unidade de tratamento de efluentes líquidos — vide nota explicativa constante das folhas 29 e 30.

2. Cloro/Hipoclorito de Sódio/Kuriroyal F-515 e S-255/Kurizet A-651, S-127, S-208, S-601, S-607, e T-227: Utilizados no processo de tratamento de água de refrigeração, tendo as seguintes funções:

a. biocidas — dificulta a proliferação bacteriológica, que poderiam levar a formação de colônias econsequente deposição na tubulação.

b. anti-incrustantes — evita que as colônias que venham a se depositar, incrustem, ou seja, fiquem aderidas a tubulação

c. reguladores de pH — proporcionam um pH adequado a não proliferação bacteriológica.

d. anti-corrosivos — evitam ou retardam o processo de corrosão das tubulações.

Ressalta o autuante que todos os materiais em questão são aplicados apenas no processo de tratamento da água de refrigeração. A função do processo de tratamento de água de refrigeração é proporcionar uma troca térmica adequada entre os fluidos do processo principal e a água de refrigeração. A adição desses materiais ao processo de tratamento de água de refrigeração é necessária pois ele ocorre em um circuito semi-fechado e com isso há uma tendência a concentração das colônias bacteriológicas, o que inviabilizaria a troca térmica já referida anteriormente. Porém, se houvesse adição de água limpa (make-up) em quantidade suficiente, não se formariam colônias em quantidade que viesse a atrapalhar a troca térmica. Desta forma, não haveria necessidade de adição de biocidas, anti-incrustantes, nem reguladores de pH. Também seria desnecessária a adição de anticorrosivos, desde que se utilizassem tubulações, não de aço carbono, mas de materiais resistentes à corrosão.

Assevera que não há qualquer possibilidade da não adição desses materiais no sistema de tratamento de água de refrigeração provocar a contaminação de seus produtos, esta é uma informação trazida a este PAF pela autuada e que distorcem os fatos. Para ficar claro e de forma incontestada a inveridicidade dessa assertiva

basta se ter em mente que o contato entre as tubulações que carregam os correntes com os produtos principais da empresa não têm contato direto com esse sistema de fluidos de refrigeração. Essas correntes se cruzam para que haja a necessária troca térmica, mas sempre com uma tubulação entre elas.

Essa contaminação, segundo o autuante, somente poderia ocorrer se a autuada chegasse ao ponto de permitir que as tubulações onde passam os fluidos refrigerantes chegassem a afinar ao ponto de provocar a ocorrência de furos. Para isso seria necessário usar material tubular de baixa qualidade e inadequada reposição de água limpa.

Conclui que esses materiais de uso e consumo são importantes no tratamento da água de refrigeração nos moldes em que foram projetados e funcionam na empresa, sendo dispensáveis se fossem utilizadas tubulações mais resistentes e água suficientemente renovada. Além do mais, os materiais em questão não são efetivamente — visto que são utilizados em um processo secundário e até poderiam ser dispensáveis se outras fossem as condições do processo de tratamento de água - consumidos no processo industrial principal nem tampouco integram o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição.

3. Kurilex L-109/Mizuclean L-401/Kurita OXA-101/Kurita BC351/Kurita BC-173: *Materiais anti corrosivos usados, basicamente, em sistemas de geração de vapor e de tratamento de água potável. Como o próprio nome revela, não há qualquer imprescindibilidade ao processo produtivo, já que esses materiais apenas protegem mecanicamente os equipamentos evitando, ou melhor, retardando o processo de corrosão a que eles estão submetidos pelo fato de serem constituídos de aço carbono, ao invés de materiais mais nobres e resistentes à corrosão. Essa é razão pela qual esses materiais são costumeiramente utilizados em processo industriais da espécie do da autuada.*

4. Boridreto de sódio PA: *Material consumido no laboratório de análises da autuada, pois a sua própria nomenclatura já indica essa destinação, qual seja a sigla “PA” que significa puro de análise. São materiais com alto grau de pureza justamente pelo fato de servirem a análises que requerem precisão e para isto um pressuposto básico é a elevada pureza dos componentes que irão aferir a qualidade dos produtos a serem analisados. Embora a autuada tenha atribuído a este material a função de aditivo para as etanolaminas, não é o que evidencia a sua descrição — já acima mencionada — muito menos pelos pequenos valores envolvidos nas suas aquisições, que montam apenas a duas, quando estamos falando em 03 exercícios de fiscalização. Estando, então, tratando de material de uso em laboratório, devida é sua glosa pois são tipicamente materiais de uso e consumo visto que as análises de laboratório para as quais se prestam não têm vínculo direto com o processo produtivo, servem apenas para constatar se um determinado produto fora produzido dentro da faixa de especificação ou não.*

Quem garante a especificação dos produtos é o controle das condições de processo do mesmo, conseguido através de da instrumentação e do grau de automação da planta industrial. Logo, os materiais utilizados no laboratório servem apenas para dar um laudo de análise, sem contudo controlar ou interferir no processo, portanto não têm afetação ao processo produtivo.

5. Balde de Aço/Junta G-103 com 2 p01. de diâmetro/Válvula pistão /Selo axial de bomba: *trata-se claramente de peças adquiridas para repor estoque ou para uso no processo industrial em substituição a outras peças já desgastadas pelo uso. Em nenhum caso estas peças foram usadas com o intuito de proporcionar*

aumento de produção nem tampouco modernização do parque fabril do contribuinte, mas, apenas como troca por outra peça já existente e desgastada, conforme já acima esclarecido. Vê-se que são peças tipicamente de sobressalência e de pequeníssimo valor que não se coadunam com as recomendações das melhores normas contábeis para a escrituração dessas peças como integrantes de ativo fixo de empresa industrial. Para tal, essas mercadorias deveriam servir para uso por mais de um exercício, terem valores mais significativos, provocarem a baixa contábil do equipamento que fosse substituído por não mais servir ao processo fabril, etc. Nenhuma dessas recomendações é sequer ventilada pelo impugnante, quanto mais provada.”

Assevera que nenhum desses materiais compõe algum produto final, nem são consumidos no processo produtivo como elementos indispensáveis à sua composição e, diferentemente do que quer sustentar o contribuinte para os produtos químicos discutidos, a sua não utilização não implica parada do processo ou contaminação do produto final, O que ocorre é: para o grupo de produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração, havendo uma adequada reposição (make up) de água limpa e tubulações e equipamentos feitos de material apropriados a este tipo de operação e que evitassem ao máximo a deposição de matérias orgânicas sobre suas paredes não haveria surgimento de dificuldades quanto a troca térmica entre os fluidos de processo e meio refrigerante — a água de resfriamento -, não havendo, portanto, qualquer risco de parada do processo industrial por deficiência do sistema de arrefecimento das temperaturas das correntes principais do processo industrial. Quanto aos grupos de materiais “tratamento de efluentes” e o Boridreto de Sódio PA, que é usado em laboratório, dúvidas não devem restar já que, conforme ficou ilustrado acima, não existem quaisquer ligações diretas entre esses setores/unidades e as correntes principais do processo produtivo. Mais facilitada ainda é a tarefa de elucidar para os Srs.

Argumenta que a falta de adição de produtos anti corrosivos aos sistemas de geração de vapor e de tratamento de água potável seria desnecessária, como já explicado acima, bastando que se utilizem tubulações, máquinas e equipamentos fabricados com materiais mais resistentes às aguras do tempo.

Informa que este tema é do inteiro conhecimento de todos, com jurisprudência por parte desta Corte é praticamente uníssona, não parecendo haver mais dúvidas por parte dos Srs. Conselheiros quanto à necessária glosa do crédito fiscal deste tipo de material, que historicamente nunca foi aceito pela SEFAZ como insumo, mas como material de uso e consumo.

Conclui que todos os materiais envolvidos nesta infração são de uso e consumo e justificada é a glosa de seus créditos fiscais. Sendo assim, pugna pela manutenção total desta infração.

Quanto a infração 02, lembra que decorre diretamente da anterior tendo como objeto apenas às aquisições interestaduais desses materiais de uso e consumo, sujeitas, portanto, ao pagamento da diferença entre as alíquotas interestaduais e a alíquota interna do Estado da Bahia.

Entende que o argumento trazido á baila pelo contribuinte de que os materiais de uso e consumo, por ele tidos como bens para o ativo fixo, e conseqüentemente já com a diferença de alíquotas (para aquisições interestaduais) debitada não deve merecer maiores encômios, pois: 1. os CFOP relativos a essas compras não são próprios para bens do ativo fixo; 2. se fossem considerados bens do ativo fixo, as notas fiscais relativas à suas aquisições deveriam fazer parte de planilha de cálculo montada com o fim de apurar os valores devidos quanto às diferenças de alíquotas, fato este que não existiu; 3. ainda que fossem itens do ativo fixo e houvesse o correspondente débito relativo a devida diferença de alíquotas, a autuada já teria se utilizado de todo o crédito dessa diferença de alíquotas em seu livro Registro de Apuração de ICMS, pois os fatos geradores já montam há mais de 04 quatro anos, que é o prazo regularmente estipulado para o usufruto desse tipo de crédito. Afirma que toda essa infração também merece acolhida pela sua inteireza.

Em relação à infração 06, o impugnante afirma que os valores do crédito tributário constituído nesta infração se devem principalmente a aquisições interestaduais de cestas básicas e de mercadorias de empresas de pequeno porte ou microempresas. As diferenças apontadas se referem a vários itens de materiais de uso e consumo e para seu ativo fixo, com CFOP (lançados pelo próprio contribuinte em seus arquivos magnéticos (Ver folhas 75 a 289) compatíveis com sua natureza e assim, indiscutivelmente sujeitos ao pagamento da diferença de alíquotas não contemplada no momento próprio.

Afirma que o impacto no montante total desta infração dos dois tipos de aquisições, acima mencionados, não é desprezível, mas também não é tão significativo, ou seja, a maior diferença se deve a omissões de débitos de diferença de alíquotas por motivos os mais variados possíveis e que não foi sequer comentado pela autuada em sua peça processual de defesa.

Entende que, em relação às aquisições de cestas básicas, a empresa foi notificada por mensagens eletrônicas (e-mails) e verbalmente por inúmeras vezes de que existia nas notas fiscais referentes a estas aquisições a descrição da mercadoria como cesta básica, que é uma descrição genérica não indicando de forma quantitativa e qualitativa o que existia em seu conteúdo.

Argúi que, diante dessa situação, o contribuinte teria que, em sua impugnação, discriminar o que era realmente cesta básica e o que não era. Ainda assim não o fez, perdendo a oportunidade de demonstrar com objetividade os seus argumentos favoráveis. Desta forma, não acata as razões do autuado.

Argumenta que em relação às aquisições de mercadorias de empresas de pequeno porte e microempresas de outros estados, não obstante queira a autuada expor o contrário, no RICMS/Ba não há nenhuma possibilidade expressa ou mesmo implícita que permita o não pagamento do devido diferencial de alíquotas em tais circunstâncias. Passando a reproduzir o art. 5º, I, II, art. 70, II, II, II, “a” e “b”, IV, “a” a “e”, V e VI, todos do RICMS/Ba.

Aduz que o art. 7º, IV, b do RICMS/Ba, se aplica a compras efetuadas por contribuintes com regime de apuração em função da receita bruta e não de contribuintes que gozam dessa situação, que é o caso. Entende que o impugnante se equivocou quanto a interpretação desse dispositivo regulamentar.

Acrescenta que, em relação ao último argumento apresenta pela defesa, não haver permissão de uso de crédito, para alguma espécie de operação de circulação de mercadorias, não impede o pagamento da devida diferença de alíquotas. Segundo ele, é só pensar na própria hipótese de aquisição interestadual de material de uso e consumo. Assevera que o crédito não é permitido e o pagamento da diferença de alíquotas é devido.

Finaliza por manter a infração 05.

Em relação às infrações 08 e 09, diz que em virtude das duas infrações possuírem a mesma natureza econômica e jurídica, só que em sentidos opostos, decidiu contraarrazoar os argumentos da contestação da autuada de forma conjunta.

Afirmam que é evidente não se tratar de operações de devolução de matérias primas, pois para esta há a necessária razoabilidade quanto aos prazos envolvidos nas operações, fatos que afastam qualquer outro argumento apresentado pela autuada.

Entende que não se pode admitir que tenha havido operações de devolução, pois as mercadorias são matérias primas de uso corriqueiro na planta industrial da autuada e que são, de fato, consumidas em seu processo produtivo, sendo posteriormente enviadas a título de ressarcimento outra matéria prima, porém com as mesmas quantidades e qualidades, conforme argumentos que enumera:

“1 – Para a infração 08, houve retorno para este estabelecimento, das notas fiscais de entradas 35.012 e 32.666, de interestadual anterior das matérias primas álcool sorbitol, respectivamente. Ocorre que a primeira (vide fls. 325) retornou 01

mês após sua entrada e a segunda (vide fl.s 323) retornou quase 04 anos depois.

2. Para a infração 09, a saída deste estabelecimento foi lastreado pelas notas fiscais de saídas 70.054 e 73.171, todas com o álcool laurílico. A primeira (vide folha 328) 18 dias após e a segunda (vide folha 330) 59 dias.”

Entende que estes fatos são suficientes para elucidação dessa lide em particular, pois falam por si mesmos.

Salienta que esse mesmo estabelecimento já houvera sido outrora autuado (AI 206833.0005/05-7) sendo parte integrante do mesmo as infrações 3 e 5 que foram julgadas totalmente procedentes tanto pela 5ª JJF como pela 2ª Câmara de Julgamento (Acórdão CJF 0271-12/06) deste Conselho de Fazenda Estadual. Ocorre que essas duas infrações retro citadas são idênticas às infrações 08 e 09 deste PAF. Portanto, conclui que outro não poderia ser o entendimento deste Colendo Orgão quanto a estes itens.

Finaliza mantendo as infrações 08 e 09.

A 1ª JJF, à fl. 428, considerando que, em relação à infração 06, o autuado alega que são mercadorias da cesta básica, portanto com alíquota interna de 7% e o próprio autuante afirma que na última visita que fez à empresa, a mesma apresentou um documento interno que mostrava a existência de produtos dessas cestas básicas sujeitas a alíquotas variadas, e, diante da dúvida levantada acerca das espécies de mercadorias e das alíquotas a elas pertinentes descritas sob o rótulo de “cestas básicas”: deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que Auditor Fiscal diligente tome as seguintes providências:

a) identificar, em relação à infração 06, as alíquotas internas das mercadorias constantes das notas fiscais, alvo desta infração e excluir os valores reclamados, concernentes às mercadorias com a mesma alíquota interna e interestadual;

b) apresentar um novo demonstrativo de débito da infração 06, se necessário.

A ASTEC/CONSEF, através de auditor designado, às fls. 430 e 431, apresta o resultado da diligência, afirmando que analisou os documentos apresentados, constatando que as notas fiscais não discriminam as mercadorias. Em todas elas consta na descrição dos produtos apenas “CESTATICKET — CESTA BASICA” e “CESTA ALIMENTOS”. Mas, juntamente com as notas fiscais, vieram algumas folhas auxiliares descrevendo as mercadorias mencionadas no corpo de cada uma.

Salienta que as notas fiscais, de fls. 438 a 468, trazem a classificação da cesta básica nos tipos A, B, C e D. A folha auxiliar da NF descreve as mercadorias e do seu exame, constatou a existência de arroz, fubá de milho, feijão, macarrão e sal de cozinha cuja alíquota interna é 7%, igual à alíquota do Estado de origem. Afirma que há, também, farinha de mandioca, cuja operação interna é isenta, e leite em pó, cuja alíquota interna ficou em 7% a partir de 30/09/2003. Esclarece que, em relação ao leite em pó, nenhum crédito foi concedido, pois a redução de base de cálculo de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento) vigorou somente a partir de setembro de 2003.

Esclarece o diligente que as notas fiscais de fls. 470 a 520 vieram desacompanhadas de qualquer demonstrativo de mercadorias, impedindo a apuração de cobrança indevida porventura existente. Ressalta que as listas anexadas nas primeiras notas fiscais mencionadas há detergente, caixa de papelão, sabonete, papel higiênico, sabão em pedra, sabonete e outras mercadorias cuja alíquota interna é 17%.

Considera que há mercadorias cuja alíquota interna e interestadual é 7%, não havendo diferença de alíquota a ser cobrada, e elaborou o demonstrativo de débito excluindo os valores que não são devidos, na quantia de R\$1.333,53, relativamente às mercadorias da cesta básica descritas no RICMS/Ba, cuja relação foi acostada em cada nota fiscal, conforme demonstrativos anexos (fls.

432 a 434).

Conclui que algumas Notas fiscais apresentadas contêm arroz, fubá de milho, feijão, macarrão, sal de cozinha, farinha de mandioca e leite em pó e fez a exclusão das quantias cobradas a título de diferença de alíquota referente aos documentos que comprovadamente contêm estas mercadorias da cesta básica, de acordo com a previsão regulamentar, elaborando novo demonstrativo de débito com redução da quantia de R\$1.333,53.

Após o resultado da diligencia o valor original da infração passou de R\$65.968,23 para R\$64.634,70.

O autuado, inconformado com o resultado da diligencia, volta a se pronunciar, às fls. 524 a 526 dos autos, afirmando que da manifestação e cálculo apresentados no Parecer Fiscal verifica-se que nem todas as notas fiscais relativas à aquisição de cesta básica foram consideradas para a exclusão dos alimentos cuja alíquota interna é de 7%.

Alega que as notas fiscais mencionam são relativas à cesta de alimentos básicos, conforme comprova a lista anexa da empresa CBA (doc. 01), todas as notas fiscais deveriam ser incluídas para o cálculo de redução da infração, pois, necessariamente, todas as cestas adquiridas para distribuição para funcionários contêm alimentos considerados básicos para o consumo diário, tais como arroz, feijão, milho macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca.

Argumenta que, além disso, o item também se refere à aquisições de mercadorias de micro empresas e empresas de pequeno porte e quanto à isso nada restou esclarecido.

Entende que, nesse tópico, também não poderia ser cobrada diferença de alíquotas. Em primeiro lugar, porque os documentos fiscais de tais empresas não transferem crédito de ICMS. Se não há incidência na operação interestadual, não há porque ser devida qualquer diferença de tributação para o Estado. Reproduzindo o art. 7º, alínea “a” e “c” do RICMS/BA, para amparar sua argumentação.

Registre-se que consta, à fl. 410 dos autos, documento do Sistema de Controle de Pareceres Tributários, cópia do Parecer número 13149620077, relativo à mudança de destinação de parte dos créditos fiscais acumulados em virtude de exportação, no valor de R\$ 47.683,72, para pagamento parcial do presente Auto de Infração, bem como o DAE correspondente fl. 413.

VOTO

Após a análise dos elementos trazidos aos autos, passo às considerações concernentes ao mérito, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos ditames do art. 38 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

O autuado, reconhece e efetua o pagamento dos valores envolvidos nos itens 03, 04, 05, 07, 10, 11, 12 e 13, entretanto, impugna os créditos tributários exigidos no tocante aos itens 01, 02, 06, 08, 09. A infração 01, traz a exigência ICMS decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de materiais de uso e consumo, de produtos tais como: Ácido Sulfúrico/Soda Cáustica/Kuriless 100 que são todos materiais utilizados na área de tratamento de efluentes líquidos; 2. Cloro/Hipoclorito de Sódio/Kuriroyal F-515 e S-255/Kurizet A-651, S-127, S-208, S-601, S-607, e T-227, utilizados no processo de tratamento de água de refrigeração, tendo as funções: . biocidas — dificulta a proliferação bacteriológica, que poderiam levar a formação de colônias econseqüente com deposição na tubulação; b. anti-incrustantes — evita que as colônias venham a se depositar, incrustem, ou seja, fiquem aderidas a tubulação; c. reguladores de pH — proporcionam um pH adequado a não proliferação bacteriológico; d. anti-corrosivos — evitam ou retardam o processo de corrosão das tubulações; 3. Kurilex L-109/Mizuclean L-401/Kurita OXA-101/Kurita BC351/Kurita BC-173: Materiais anti corrosivos usados, basicamente, em sistemas de geração de vapor e de tratamento de água potável; 4. Boridreto de sódio PA: Material consumido no laboratório de análises da autuada, pois a sua própria nomenclatura já indica essa destinação, qual seja a sigla “PA” que significa puro de análise. São materiais com alto grau de pureza justamente pelo fato

de servirem a análises que requerem precisão e para isto um pressuposto básico é a elevada pureza dos componentes que irão aferir a qualidade dos produtos a serem analisados; 5. Balde de Aço/Junta G-103 com 2 p01. de diâmetro/Válvula pistão /Selo axial de bomba: são peças adquiridas para repor estoque ou para uso no processo industrial em substituição a outras peças já desgastadas pelo uso.

O autuante indica os materiais, acima, na planilha de fls. 20 a 30, que traz os cálculos relativos ao crédito indevido (infração 01), bem como da diferença de alíquotas (infração 02).

Processo semelhante, julgado por este Conselho de Fazenda, Acórdão JJF nº 0052-02/04, foi diligenciado à ASTEC, do que resultou o Parecer nº 0168/2003. Naquele Parecer, o revisor fiscal prestou as informações e esclarecimentos relativos aos produtos objeto semelhante aos abrangidos neste lançamento, como segue:

“Infração 01 – foi informado que os produtos têm as seguintes utilidades no processo produtivo:

“ADITIVO DE ÁGUA – utilizado na água das torres de resfriamento, cuja função elementar é no sentido de evitar a formação de borras e incrustações ao longo das linhas de refrigeração. Alguns têm características biocidas, outros anti-corrosivos e também aqueles que modificam o ponto de evaporação da água. É imprescindível sua utilização no processo como forma de se evitar a corrosão e entupimento das linhas de resfriamento da planta, uma vez que o sistema não é hermético, ficando à deriva da contaminação do ambiente.

SODA CÁUSTICA – Utilizada para tratamento de efluentes líquidos do processo, que retornarão ao meio ambiente, principalmente os de natureza ácida.

DESATIVADOR DE CATALISADOR – Reagente catalítico com função de neutralizar ou reduzir a velocidade da reação química. Um catalisador “ao inverso”.

ADSORVENTE DE CATALISADOR – Reagente com a finalidade de aumentar a velocidade de reação química de determinados agentes do processo. A utilização do crédito fiscal de catalisadores está prevista no artigo 93, I, b, do RICMS.

GRAXA DE SILICONE – Utilizada como vedante na substituição de partes e peças (selos, mecânicos e retentores) dos equipamentos por onde o produto passa ou tem contato direto.

PENEIRA MOLECULAR – Espécie de filtro, que reveste as partes internas dos compressores de alta pressão, que tem a função de garantir que o produto final prossiga pelo sistema na forma de grânulos de “arroz”.

FILTROS – Substituto da peneira molecular, podendo ser utilizado em compressores de baixa pressurização.

BOLA CERÂMICA – Utilizada como refratário.

FLÚIDO TÉRMICO - Este produto é usado internamente nos compressores de alta pressão que esfriam o produto (em forma de caroço de arroz), na fase final do processo, antes de serem embalados. Sua função, lubrificante, é essencial, pois evita que os grânulos da resina “grudem” na parede do compressor, que se encontra em alta temperatura.”.

Reitero o entendimento constante do Acórdão JJF nº 0129-02/05, além do Acórdão JJF nº 0052-02.04, assim como o Acórdão JJF nº 0186-02/02, no qual foi decidido, por unanimidade que os produtos HIPOCLORITO DE SÓDIO; FREON e ÁCIDO CLORÍDICO, por serem utilizados no tratamento de água de refrigeração e no tratamento de efluentes não participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição, são produtos para uso e consumo do estabelecimento.

Pela descrição da utilização dos produtos em questão, constantes das fls. 20 a 30 dos autos, no processo industrial, verifica-se que a natureza de cada um indica que não foram utilizados no processo produtivo e consumidos a cada etapa de produção como elemento indispensável ao produto final, visto que, são materiais para manutenção de equipamentos, peças adquiridas para repor estoque ou para uso no processo industrial em substituição a outras peças já desgastadas pelo uso; tratamento de água de refrigeração, tratamento de efluentes, ante corrosivos usados em

sistemas de geração de vapor e de tratamento de água potável e produtos consumido no laboratório de análises da autuada.

Assim, concluo não caber razão a autuada, haja vista a demonstração de que os materiais ou produtos constantes da tabela às fls. 20 a 30 dos autos, não são insumos ou produtos intermediários, gerando o direito ao crédito fiscal, pois a jurisprudência do CONSEF, como os Acórdãos citados, através de reiteradas decisões, exige que 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, características não contempladas pelos aludidos materiais alvo da presente exigência tributária.

Mantenho, portanto, a infração 01.

Quanto à infração 2, diretamente relacionada e decorrente da infração 01, é concernente às aquisições interestaduais desses materiais de uso e consumo, sujeitas ao pagamento da diferença entre as alíquotas interestaduais e as alíquotas internas do Estado da Bahia.

O impugnante entende alguns produtos em questão são bens para o ativo fixo, e conseqüentemente já com a diferença de alíquotas (para aquisições interestaduais) debitada.

Quanto a esta questão me alinho ao entendimento do autuante quando afirma que os CFOP relativos a essas compras não são próprios para bens do ativo fixo; se fossem considerados bens do ativo fixo o autuado já teria apurado a aludida diferença de alíquota, já tendo utilizado todo o crédito correspondente, pois, conforme lembra o autuante, os fatos geradores já montam há mais de 04 quatro anos, que é o prazo regularmente estipulado para o usufruto desse tipo de crédito. Além do mais o entendimento manifestado na infração 01, em relação à aplicação e utilização dos produtos indicam, por conseqüência, a classificação destes produtos como não destinados ao ativo imobilizado.

A infração 02, portanto, é subsistente.

Em relação à infração 06, que traz a exigência do ICMS, decorrente do não recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de terceiros e transferências de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, o autuado alega que são mercadorias da cesta básica, portanto com alíquota interna de 7%.

Diante da dúvida levantada acerca das espécies de mercadorias e das alíquotas a elas pertinentes descritas sob o rótulo de “cestas básicas”, foi solicitada, pela 1ª JJF, diligência à ASTEC/CONSEF, para que identificasse as alíquotas internas das mercadorias constantes das notas fiscais, alvo desta infração e excluir os valores reclamados, concernentes às mercadorias com a mesma alíquota interna e interestadual.

A ASTEC/CONSEF, através de auditor designado, às fls. 430 e 431, apresenta o resultado da diligência, afirmando que as notas fiscais, às fls. 438 a 468, trazem a classificação da cesta básica nos tipos A, B, C e D. A folha auxiliar da NF descreve as mercadorias e do seu exame, constatou a existência de arroz, fubá de milho, feijão, macarrão e sal de cozinha cuja alíquota interna é 7%, igual à alíquota do Estado de origem. Afirma que há, também, farinha de mandioca, cuja operação interna é isenta, e leite em pó, cuja alíquota interna ficou em 7% a partir de 30/09/2003. Esclarece que, em relação ao leite em pó, nenhum crédito foi concedido, pois a redução de base de cálculo de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento) vigorou somente a partir de setembro de 2003.

Afirma que as notas fiscais números 470 a 520 lhe foram entregues desacompanhadas de qualquer demonstrativo de mercadorias, impedindo a apuração de cobrança indevida porventura existente. Ressalta que as listas anexadas nas primeiras notas fiscais mencionadas, há detergente, caixa de papelão, sabonete, papel higiênico, sabão em pedra, sabonete e outras mercadorias cuja alíquota

interna é 17%.

Assim, excluiu a exigência relativa às mercadorias com alíquotas de 7%, conforme pôde identificar, tendo em vista as dificuldades, por ele já mencionadas, o que resultou numa redução do valor exigido de R\$ 1.333,53, o que refletiu na modificação do valor exigido para esta infração de R\$ 65.968,23 para R\$ 64.634,70, portanto, concordo com o valor excluído e com o mérito inerente ao restante exigido, tendo em vista, inclusive, que a manifestação do autuado, após a diligência, não esclareceu ou mesmo consegue elidir as razões pelas quais o diligente manteve o restante da exigência que considerou as mercadorias com alíquota interna de 17%.

Considero, portanto, parcialmente subsistente a infração 06, conforme demonstrativo às fls. 434 dos autos.

Quanto às infrações 08 e 09, tratam de operações interestaduais de envio e de recebimento de mercadorias fungíveis - Álcool Laurídico e Sorbitol – com erros na aplicação das alíquotas, ensejando a utilização indevida de crédito fiscal (infração 08) e o recolhimento a menos do ICMS devido (infração 09).

Alega o recorrente, em relação a estas infrações, que agiu em conformidade com o disposto na Cláusula primeira do Convênio ICMS 54/00. Contudo, examinando esse referido dispositivo legal, constata-se que o mesmo trata de devolução total ou parcial de mercadoria ou bem em operação interestadual. No caso em lide, conforme bem explicado pelo autuante, na informação fiscal não houve uma operação de devolução, já que os produtos foram consumidos na produção do estabelecimento destinatário e, bem mais tarde, quantidade equivalente à recebida foi enviada ao estabelecimento de origem. Essas operações, arroladas no lançamento, caracterizam verdadeiras transferências interestaduais de matérias-primas, efetuadas entre estabelecimentos de uma mesma empresa. Nessa situação, não se pode aplicar o disposto no Convênio ICMS 54/00, uma vez que não se tratam de operações de devoluções e, sim, de transferências.

Conforme entendimento da 2ª CJF, no acórdão nº 271-12-06, em relação à decisão das infrações 03 e 04, da mesma natureza e concernente ao mesmo contribuinte, quanto às presentes infrações 08 e 09, não é razoável considerar como empréstimo e admitir que as matérias-primas (fungíveis) tenham permanecido, por até quatro anos no estabelecimento de destino antes de serem devolvidas ao remetente, como ocorreu em uma das situações. Este fato, apesar das outras operações ocorrerem em um período menor, é mais uma prova de que não são simples devoluções, como alega o impugnante.

Determina a legislação tributária estadual que o crédito fiscal referente a mercadorias provenientes de Estados da Região Sudeste somente será admitido se calculado à alíquota de 7%. Já nas operações que destinam mercadorias a Estados localizado na Região Sudeste, o imposto deverá ser destacada à alíquota de 12%. Dessa forma, as infrações 8 e 9 estão caracterizadas e, portanto, mantenho exigência das mesmas.

Considero que as infrações 08 e 09 subsistem integralmente, pois as operações de transferências estão comprovadas.

Assim, as infrações impugnadas (01, 02, 08 e 09), bem como as demais (03, 04, 05, 07, 10, 11, 12 e 13) todas estão devidamente caracterizadas e são subsistentes, com exceção da infração 06 que é parcialmente subsistente.

Voto pela Procedência em Parte da autuação para exigir o ICMS no valor de R\$ 612.271,88 devendo serem homologado os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269194.0031/07-0**, lavrado contra **OXITENO NORDESTE S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o autuado para

efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 612.271,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” , VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR