

Acórdão: 16.484/04/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010058822-90
Impugnante: Polimetal Ligas e Metais Ltda.
Proc. S. Passivo: Eduardo Halley dos Santos/Outro(s)
PTA/AI: 01.000106944-11
Inscrição Estadual: 186.016455.0049
Origem: DF/Contagem

EMENTA

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO. Operações com borra e escória de alumínio com utilização indevida do instituto do diferimento, pois, embora os produtos possam ser classificados na posição 7602 da NBM/NCM, não foram comercializados na forma de lingote ou tarugo, condição prevista no art. 747, do RICMS/91, além de não se enquadrarem nos conceitos de “sucatas”, “aparas”, “resíduos” ou “fragmentos”, nos termos do art. 748, c/c art. 749, do mesmo Regulamento. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Conforme relatório do Auto de Infração de fls. 50/51, antecedido pelo Termo de Ocorrência de fl. 04, versa a presente autuação sobre utilização indevida do diferimento do ICMS em operações com borra e escória de metais não ferrosos.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 56/69, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 110/112.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fl. 114, o que resultou no Recurso de Agravo de fls. 117/119.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 122/128, opina, em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo e, no mérito, pela procedência do lançamento.

A 1.^a Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 11/12/2001, decide, em preliminar, à unanimidade, em dar provimento ao Recurso de Agravo, deferindo o requerimento de prova pericial, apresentando os quesitos de fls. 132/133.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também apresentaram seus quesitos a Fazenda Pública Estadual e a Impugnante, conforme documentos de fls. 134/135 e 139/140.

O laudo pericial e os documentos e informações que o subsidiaram encontram-se acostados às fls. 154/165 e 166/545, respectivamente.

A Auditoria Fiscal determina a realização da diligência de fl. 551, gerando a manifestação da Impugnante de fl. 554, através da qual a empresa informou sua desistência da participação de seu assistente técnico na perícia que seria realizada.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 560/564, ratifica seu posicionamento, opinando mais uma vez pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Quando da lavratura do Termo de Ocorrência (fl. 04), o Fisco elaborou o quadro de fls. 07/16, indicando as notas fiscais emitidas pela Impugnante, relativas a saídas de borra e escória de alumínio, com a utilização indevida do diferimento do ICMS, e anexou cópias de 03 (três) notas emitidas (fls. 23/25).

Pelas cópias das NF à época anexadas, observa-se que a Autuada classificava o produto comercializado sob o código 26.20 da NBM, nelas fazendo constar que o ICMS era diferido nos termos do art. 747, do RICMS/91.

Art. 747 - O pagamento do imposto incidente nas sucessivas saídas de lingote e tarugo de metal não ferroso, classificados nas posições 7401, 7402, 7403, 7404, 7405, 7501, 7502, 7503, 7601, 7602, 7801, 7802, 7901, 7902, 8001 e 8002 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM), e de sucata, apara, resíduo ou fragmento de mercadoria fica diferido para o momento em que ocorrer a saída:

I - para consumo, exceto em processo de industrialização;

II - para fora do Estado;

III - de estabelecimento industrial situado no Estado, do produto resultante do processo de industrialização, no qual foram consumidos ou utilizados."

No entanto, os produtos classificados na posição 2620 da NBM, não faziam jus ao diferimento do ICMS, uma vez que o dispositivo regulamentar acima transcrito não previa essa técnica de tributação para os referidos produtos.

Em sua primeira peça defensiva (fl. 30), a Autuada assim se pronunciou:

“O único erro cometido pela Impugnante foi quanto à classificação contida nas notas fiscais: posição fiscal 26.20 quando o correto seria 76.02. Em sua peça fiscal as Auditoras fiscais basearam na consulta de n.º 108/88, feita pela Alcan Alumínio Brasil S/A, esquecendo-se que a Alcan é fabricante primária de alumínio, operando com alumínio em seu estado bruto, enquanto a Polimetal processa fusão de sucatas, estando pois enquadradas de acordo com as “Notas Explicativas do Sistema Harmonizado” na posição 76.02 – Desperdícios e Resíduos de Alumínio.” (G.N.)

Por sua vez, o Fisco assim se manifestou relativamente à matéria (fl. 35):

“Diante do exposto, e após termos constatado “in loco”, através de diligência efetuada junto à empresa, entendemos que o produto objeto desta autuação, está corretamente classificado na posição 26.20, e que este está sujeito a tributação normal do ICMS, não sendo contemplado nas posições indicadas no art. 747 do Dec. 32.535/91 (76.01 e 76.02).” (G.N.)

Assim, desde a lavratura do Termo de Ocorrência, Fisco e Autuada travavam disputa quanto à correta classificação fiscal dos produtos *borra e escória de alumínio*, dilema este que persistiu indefinidamente.

Tratando-se de assunto eminentemente técnico, a 1.ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 11/09/2001, deferiu o requerimento de prova pericial formulado pela Impugnante e apresentou os quesitos listados às fls. 132/133, no intuito de dirimir as dúvidas existentes quanto à matéria.

Em atendimento à determinação da 1.ª Câmara, o Fisco acostou aos autos (fls. 154/165) o laudo pericial solicitado, através do qual foram respondidos todos os quesitos propostos, inclusive aqueles apresentados pela Impugnante (fls. 66/67 e 118/119) e pela Fazenda Pública Estadual (fls. 142/143).

Dentre os quesitos apresentados, destacam-se os abaixo transcritos, seguidos das respostas do Sr. Perito, uma vez que suficientes para a elucidação da matéria ora em análise.

Quesitos da Impugnante (fls. 155/158):

2) Queira o Sr. Perito informar, de conformidade com o procedimento acima, qual o produto resultante do processo industrial desenvolvido pela Impugnante. Existem resíduos? Em caso positivo, informar qual a sua classificação fiscal?

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resposta: O produto principal obtido no processo referido é o alumínio metálico na forma líquida, que é vazado em lingoteiras que dão as formas usuais ao produto final, a saber: lingote, lingotinho, estrela e gotão. Pode também, o material na forma granulada, utilizando o processo de lingotamento com sopro combinado de ar.

Existe resíduo sim, que é um material de aspecto físico poroso, contendo alumínio, principalmente na forma de óxido, além de outros elementos, tais como: magnésio, silício, cobre, chumbo, zinco, etc. Este material é habitualmente denominado borra ou dross.

3) Com base nos controles estabelecidos pela Impugnante e nas condições técnicas de fabricação, é possível informar se os produtos listados nas notas fiscais objeto da autuação se classificam em qual posição fiscal?

Resposta: Entendemos que referidos produtos se enquadram na posição 7602.

4) Estando classificados na posição 76.02, são amparados por diferimento do ICMS. Portanto, queira o Sr. Perito informar se pelas demais características das operações realizadas as mesmas se enquadram no figurino traçado na legislação de regência para assegurar tal diferimento?

Resposta: As operações objeto da ação fiscal, foram realizadas, conforme notas fiscais emitidas, no período de junho de 1991 a dezembro de 1995, sob a égide, portanto, do RICMS aprovado pelo Decreto n.º 32.535, de 18 de fevereiro de 1991. A legislação de regência, à época dos fatos, assim estabelecia (RICMS/91):

Art. 747 - O pagamento do imposto incidente nas sucessivas saídas de lingote e tarugo de metal não ferroso, classificados nas posições 7401, 7402, 7403, 7404, 7405, 7501, 7502, 7503, 7601, 7602, 7801, 7802, 7901, 7902, 8001 e 8002 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM), e de sucata, apara, resíduo ou fragmento de mercadoria fica diferido para o momento em que ocorrer a saída:

I - para consumo, exceto em processo de industrialização;

II - para fora do Estado;

III - de estabelecimento industrial situado no Estado, do produto resultante do processo de industrialização, no qual foram consumidos ou utilizados.

.....

Art. 748 - Considera-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - sucata, apara, resíduo ou fragmento, a mercadoria ou parcela desta que não se preste para a mesma finalidade para a qual foi produzida, assim como: papel usado, ferro velho, cacos de vidro, fragmentos e resíduos de plástico, de tecido e de outras mercadorias;

(387) II - enquadrada no inciso anterior, a mercadoria conceituada como objeto usado nos termos do item 4, do § 1º do artigo 71, quando destinada à utilização, como matéria-prima ou material secundário, em estabelecimento industrial.

.....

Art. 749 - Para o efeito da definição contida no artigo anterior, é irrelevante:

I - que a parcela de mercadoria possa ser comercializada em unidade distinta;

II - que a mercadoria ou sua parcela conserve a mesma natureza de quando originariamente produzida.

Verifica-se assim, que nos termos da legislação de regência, não basta estar o produto enquadrado na posição 76.02, para fazer jus ao diferimento. Nos termos do “caput” do art. 747, é necessário ainda, cumulativamente, que o produto esteja na forma de lingote ou tarugo.

Lingote e Tarugo são as formas que os metais, após fusão, adquirem por vazamento em molde. Se diferenciam apenas no formato, ou seja, geralmente, o lingote recebe a forma trapezoidal e o tarugo a forma quadrada ou retangular.

Observa-se ainda, que o produto em questão, não se enquadra no conceito de sucata, apara, resíduo ou fragmento de mercadoria, nos termos do art. 748 citado, o que também, se fosse o caso, lhe garantiria a fruição do instituto do diferimento.

7) Pela análise do processo industrial, bem como pelo conhecimento técnico e verificação local, é possível fazer a classificação dos produtos listados nas notas fiscais objeto da autuação?

Resposta: “...concluimos que os subprodutos em questão, atendem as condições para enquadramento na posição 76.02 da TIPI. Nesse sentido, a título de complementação de informação, destacamos trecho da fala do Contribuinte/Autuado datada de 04 de julho de 2002 (Anexo I), onde o mesmo informa que as partículas de alumínio presentes neste resíduo são recuperáveis: “...Neste processo há ainda a geração de resíduos ou borra contendo partículas de alumínio, que recuperamos em um novo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

processo ou vendemos para empresas do ramo, usando a classificação 7602 da NBM/NCM.”

Quesitos da 1.ª Câmara (fls. 158/160):

5) As mercadorias constantes das referidas notas fiscais podem ser consideradas como “sucatas”, “aparas”, “resíduos” ou “fragmentos”, nos termos do art. 748, do RICMS/91?

Resposta: Não.

6) Em função dos quesitos “3”, “4” e “5”, informar se as operações objeto da presente autuação estavam amparadas pelo instituto do diferimento, nos exatos termos do art. 747, do RICMS/91?

Resposta: Não.

Quesito da Fazenda Pública Estadual:

01) Prevê o art. 230 do Anexo IX do RICMS/96, parte inicial, o diferimento do ICMS nas saídas de lingote e tarugo de metal não ferroso classificado entre outras, na posição 7602 da NBM. Resumidamente, para efeitos de diferimento, duas as condições a serem preenchidas: a mercadoria deve ser lingote ou tarugo de metal não ferroso e ser classificada na posição 7602 da NBM. Pergunta-se: a norma exige, concomitantemente, o preenchimento das duas condições acima?

Resposta: Sim.

As respostas dadas pelo Perito Oficial aos quesitos acima já demonstram, de forma cristalina, que **as operações objeto da presente autuação não se encontravam abrangidas pelo diferimento do imposto**, pois, embora a correta classificação dos produtos ser a posição 7602 da NBM/NCM, **eles não foram comercializados na forma de lingotes ou tarugos** e não se enquadram nos conceitos de “sucatas”, “aparas”, “resíduos” ou “fragmentos”, nos termos do art. 748, c/c art. 749, do RICMS/91.

Não obstante, transcreve-se abaixo parte do parecer da Auditoria Fiscal, que abrange outros aspectos relevantes relativos à matéria, inclusive comentários sobre aspectos históricos da legislação mineira, em relação ao diferimento do imposto em operações com os produtos ora analisados, ratificando a decisão desta Câmara quanto à correção do trabalho fiscal.

“OBSERVA-SE QUE A FINALIDADE DA PERÍCIA DETERMINADA PELA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO É VERIFICAR SE OS PRODUTOS LISTADOS NAS NOTAS FISCAIS OBJETO DA AUTUAÇÃO ENQUADRAM-SE NA POSIÇÃO 7602 DA NCM, E ESTANDO CLASSIFICADOS NA REFERIDA POSIÇÃO, SE AS OPERAÇÕES ESTÃO AMPARADAS PELO BENEFÍCIO DO DIFERIMENTO DO ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NÃO OBSTANTE, O ESTABELECIMENTO DA AUTUADA ENCONTRAR-SE COM AS SUAS ATIVIDADES PARALISADAS, COM BASE EM INFORMAÇÕES TÉCNICAS E VERIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS, O SR. PERITO PÔDE ESCLARECER QUE O PRODUTO PRINCIPAL RESULTANTE DO PROCESSO INDUSTRIAL DESENVOLVIDO PELA IMPUGNANTE "É O ALUMÍNIO METÁLICO NA FORMA LÍQUIDA, QUE É VAZADO EM LINGOTEIRAS QUE DÃO FORMAS USUAIS AO PRODUTO FINAL, A SABER, LINGOTE, LINGOTINHO, ESTRELA E GOTÃO. PODE TAMBÉM SER OBTIDO, O MATERIAL NA FORMA GRANULADA, UTILIZANDO O PROCESSO DE LINGOTAMENTO COM SOPRO COMBINADO DE AR".

ELE INFORMA, AINDA, QUE NO PROCESSO DE PRODUÇÃO OCORRE A GERAÇÃO DE RESÍDUO, "QUE É UM MATERIAL DE ASPECTO FÍSICO POROSO, CONTENDO ALUMÍNIO PRINCIPALMENTE NA FORMA DE ÓXIDO, ALÉM DE OUTROS ELEMENTOS, TAIS COMO, MAGNÉSIO, SILÍCIO, COBRE, CHUMBO, ZINCO, ETC.", ACRESCENTANDO QUE "ESTE MATERIAL É HABITUALMENTE DENOMINADO BORRA OU DROSS".

EMBORA A CONSULTA RESPONDIDA PELA RECEITA FEDERAL, DOC. FLS. 89/93, TER PERDIDO SEUS EFEITOS, CONFORME OFÍCIO N.º 347 DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL, DOC. FLS. 491/492, O SR. PERITO VERIFICOU QUE, FACE OS ELEMENTOS TEÓRICOS OFERECIDOS, ELA DEMONSTROU DE FORMA CLARA O ENQUADRAMENTO DOS PRODUTOS OBJETO DA AUTUAÇÃO (BORRA/ESCÓRIA DE ALUMÍNIO) NA POSIÇÃO 7602.

COM BASE NA MENCIONADA CONSULTA, NOS CONTROLES ESTABELECIDOS PELA IMPUGNANTE E NAS CONDIÇÕES TÉCNICAS DE FABRICAÇÃO, O SR. PERITO CONCLUIU QUE TAIS PRODUTOS, O QUAIS ENCONTRAM-SE LISTADOS NAS NOTAS FISCAIS OBJETO DA AUTUAÇÃO ENQUADRAM-SE NA POSIÇÃO 7602 DA NCM.

AO ANALISAR A EVOLUÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO RICMS CORRESPONDENTES À MATÉRIA, O SR. PERITO CONCLUIU QUE O REGULAMENTO DO ICMS NÃO PRETENDEU CONTEMPLAR OS PRODUTOS ANTERIORMENTE ENQUADRADOS NA POSIÇÃO 7602 QUE PREVALECEU ATÉ 31.12.88, COM A TIPI APROVADA PELO DECRETO N.º 89.241, DE 23.12.83.

INCLUSIVE, É OBSERVADO PELO SR. PERITO QUE O RICMS/84 ATÉ 31.03.89 ESPECIFICAVA APENAS A POSIÇÃO 7601, A QUAL JÁ ABARCAVA EM SUAS SUBPOSIÇÕES OS PRODUTOS: 76.01.01.00 - ALUMÍNIO EM BRUTO; 76.01.02.00 - LIGAS DE ALUMÍNIO; 76.01.03.00 - DESPERDÍCIO E SUCATA."

ATÉ 31.03.89, JÁ EXISTIA NA TIPI A POSIÇÃO 76.02.00.00, QUE CORRESPONDIA AOS PRODUTOS - BARRAS, PERFILADOS E FIOS DE SEÇÃO MACIÇA DE ALUMÍNIO. NO ENTANTO, A REFERIDA POSIÇÃO NÃO ERA CONTEMPLADA COM O DIFERIMENTO PELO RICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COMO SALIENTANDO NA PERÍCIA, COM O ADVENTO DA TIPI, APROVADA PELO DECRETO N.º 97.410, DE 23.12.88, COM EFEITOS A PARTIR DE 01.01.89, A POSIÇÃO 7601 DEIXOU DE CONTEMPLAR OS DESPERDÍCIOS E RESÍDUOS DE ALUMÍNIO, QUE PASSARAM A OCUPAR A POSIÇÃO 7602.00.0000.

CONFORME CONCLUÍDO NO LAUDO PERICIAL, AO SE ALTERAR O RICMS A PARTIR DE 01.04.89, COM A INSERÇÃO DA POSIÇÃO 7602, O LEGISLADOR PRETENDEU CONTINUAR ABARCANDO OS DESPERDÍCIOS E RESÍDUOS DE ALUMÍNIO, QUE MIGRARAM PARA A REFERIDA POSIÇÃO.

CONCORDA-SE COM O SR. PERITO QUE, PARA FAZER JUS AO DIFERIMENTO PREVISTO NO ART. 747 DO RICMS/91, VIGENTE À ÉPOCA DAS OPERAÇÕES, DEVERÃO SER ATENDIDAS TODAS AS CONDIÇÕES ALI PREVISTAS.

(...)

COMO RESSALTADO NO LAUDO PERICIAL, NÃO BASTA ESTAR O PRODUTO ENQUADRADO NA POSIÇÃO 7602 PARA FAZER JUS AO DIFERIMENTO. NO TERMOS DO "CAPUT" DO ART. 747, É NECESSÁRIO AINDA, CUMULATIVAMENTE, QUE O PRODUTO ESTEJA NA FORMA DE LINGOTE OU TARUGO.

CONFORME ESCLARECE A PERÍCIA, "LINGOTE E TARUGO SÃO AS FORMAS QUE OS METAIS, APÓS FUSÃO, ADQUIREM POR VAZAMENTO EM MOLDE. SE DIFERENCIAM APENAS NO FORMATO OU SEJA, GERALMENTE, O LINGOTE RECEBE A FORMA TRAPEZOIDAL E O TARUGO A FORMA QUADRADA OU RETANGULAR".

O SR. PERITO CONSTATOU QUE OS PRODUTOS COMERCIALIZADOS PELA IMPUGNANTE APRESENTAM-SE EM FORMA IRREGULAR, DE ASPECTO FÍSICO POROSO, DENOMINADO BORRA OU DROSS.

SENDO ASSIM, POR SE TRATAR DE PRODUTO DE FORMA DIVERSA DE LINGOTE OU TARUGO, O PRODUTO COMERCIALIZADO PELA IMPUGNANTE NÃO ATENDE PLENAMENTE O DISPOSTO NA ART. 747 DO RICMS/91 PARA A OPERAÇÃO SE BENEFICIAR DO DIFERIMENTO DO ICMS.

OBSERVA-SE QUE, CONFORME INFORMAÇÃO DA AUTUADA E DE ALGUMAS EMPRESAS DESTINATÁRIAS DO PRODUTO, O SR. PERITO VERIFICOU QUE OS MATERIAIS OBJETO DA AUTUAÇÃO SÃO UTILIZADOS PELAS DESTINATÁRIAS TANTO EM SEU PROCESSO PRODUTIVO, COMO SÃO REVENDIDOS NO ESTADO EM QUE SÃO ADQUIRIDOS.

DESSA FORMA, OS MENCIONADOS PRODUTOS NÃO SE ENQUADRAM NO CONCEITO DE SUCATA, APARA, RESÍDUO OU

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FRAGMENTO DE MERCADORIA PREVISTO NO ART. 748 DO RICMS/91, O QUE LHE GARANTIRIA O BENEFÍCIO DO DIFERIMENTO.

(...)

PORTANTO, OS PRODUTOS CONSTANTES DAS NOTAS FISCAIS OBJETO DA AUTUAÇÃO NÃO FAZEM JUS AO BENEFÍCIO DO DIFERIMENTO, UMA VEZ QUE, EMBORA ENQUADRADOS NA POSIÇÃO 7602 DA NCM, TAIS PRODUTOS NÃO ATENDEM O DISPOSTO NO "CAPUT" DO ART. 747 DO RICMS/91, VIGENTE À ÉPOCA, EIS QUE NÃO SE APRESENTAM EM FORMA DE LINGOTE OU TARUGO.

DESSA FORMA, CORRETO O TRABALHO FISCAL, TENDO EM VISTA QUE A IMPUGNANTE UTILIZOU INDEVIDAMENTE O INSTITUTO DO DIFERIMENTO RELATIVAMENTE ÀS OPERAÇÕES DESCRITAS NAS NOTAS FISCAIS EM TELA.

ENTÃO, REPUTAM-SE LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS, CONFORME PROPOSTO PELA AUDITORIA FISCAL QUE NÓS PRECEDEU EM SEU PARECER DE FLS. 122/128."

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar a infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Juliana Diniz Quirino.

Sala das Sessões, 06/07/04.

**Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente**

**José Eymard Costa
Relator**