

| | |
|-------------------|--|
| PROCESSO | - A. I Nº 269194.0009/01-6 |
| RECORRENTE | - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSO | - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0120-02/02. |
| ORIGEM | - IFEP-DAT/METRO |
| INTERNET | - 23.12.02 |

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0452-12/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Não foi comprovada a alegação de que os materiais tratam-se de produtos intermediários que participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Tratando-se dos mesmos materiais de que cuida o item anterior, é devido o pagamento do diferencial de alíquotas. b) TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE BENS DE CONSUMO E PARA O ATIVO FIXO. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2001, cobra o ICMS, no valor total de R\$213.035,93, originado pelas seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$2.192,47, nos exercícios de 1996 e 1997, referente a aquisição interestadual de material para uso e consumo do estabelecimento. Os materiais objeto desta infração foram utilizados no tratamento de água de refrigeração da planta industrial.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$34.330,62, nos exercícios de 1996 e 1997, referente a aquisição dentro do Estado de material para uso e consumo do estabelecimento. Os materiais objeto desta infração foram utilizados no tratamento de água de refrigeração da planta industrial.
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$3.132,20, nos exercícios de 1996 e 1997, 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. Os materiais referentes a esta infração são os relativos à primeira e segunda infrações, ou seja, o Betzdearborn, o cloro líquido, a Barrilha leve e o Hipoclorito de Sódio.
4. Recolhimento a menor do ICMS no total de R\$173.380,64, nos exercícios de 1996 e 1997, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo ou ao

consumo do estabelecimento. Este item trata de transferências interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo do autuado.

Em 11/04/2002, através Acórdão 0120-02/02, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente o Auto de Infração por entender que as infrações restaram caracterizadas.

Inconformado com tal decisão o autuado entra com Recurso Voluntário onde diz que:

1 – As três primeiras supostas infrações tratam do seu direito de creditar-se do valor do ICMS relativo às aquisições de produtos que, por qualquer meio, sejam utilizados no processo produtivo, sendo inefastável o exame da norma constitucional em razão do princípio da não cumulatividade nela inscrito. O artigo 155, parágrafo 2º, II, da CF, deixou esclarecido que o direito ao crédito, derivado de tal princípio, somente não existe no caso de isenção ou não incidência nas operações seguintes. Isto significa que o constituinte optou pelo regime financeiro, para o aproveitamento do crédito, e não pelo regime físico, que permitiria a apuração da destinação do produto e que chegou a prevalecer antes da CF de 1998. Ocorre que o legislador estadual vedou os olhos para a norma constitucional, a ponto do julgador continuar considerando ser possível julgar questão relativa ao creditamento, sem se deter na norma constitucional.

2 – Não pretende que o julgador declare a inconstitucionalidade da Lei Estadual e sim que examine a matéria considerando também a norma constitucional e não, apenas, a legislação ordinária. Houve omissão da turma julgadora, ao se negar a apreciar o mérito sob a ótica constitucional, escondendo-se em suposta incompetência formal, o que é um equívoco.

3 – Mesmo considerando-se apenas a legislação estadual, parece que os julgadores não entenderam as suas argumentações, a respeito do uso dos materiais apontados, pois concluíram que se trata de materiais destinados ao uso e consumo, quando, em realidade, são materiais indispensáveis ao processo industrial da sua fábrica de fertilizantes nitrogenados.

4 – Os Regulamentos em vigor, no período das ocorrências indicado no Auto de Infração, foram aprovados pelos Decretos 2460/89 e 5444/96. Ocorre que ao elaborar esses Regulamentos o legislador exorbitou no artigo 97 de ambos, em desacordo com a CF, estabelecendo restrições ao aproveitamento de créditos pelo contribuinte, que ofendem o princípio da não cumulatividade.

5 – Ocorre que os referidos Regulamentos admitem a constituição do crédito sobre matérias primas, (insumos), como definido no artigo 95 do Decreto 2460/89, sendo que a definição, ali contida, deixa claro que, se se tratar de aquisição de matéria prima e produtos intermediários, que sejam consumidos no processo industrial ou que integrem o produto final, é admitido o crédito fiscal.

6 – Para se definir quais esses produtos basta verificar se é possível o processo produtivo sem a interferência desses produtos. Se o processo fabril e as atividades operacionais não puderem ocorrer, ou serem mantidos em sua normalidade, sem a interferência desses produtos, não se pode considerá-los simples materiais de uso e consumo.

7 – No caso, adotando-se esses critério, é facilmente demonstrado que os produtos constantes da autuação não são simplesmente para uso e consumo, pois são indispensáveis ao tratamento da água de refrigeração, sem os quais não se poderia fabricar a amônia, a uréia nem o ácido nítrico, que têm origem em processo de transformação do gás natural. O tratamento de água de refrigeração é indispensável no processo fabril da amônia, da uréia e do ácido nítrico.

8 – o Indeferimento, pelo Relator, da diligência que solicitou, sob o argumento de que os dados contidos no processo eram suficientes para emitir o voto, cerceou o seu direito de defesa, o que leva à nulidade da Decisão Recorrida e realização da prova requerida.

9 – No que se refere à infração apontada no item IV, a Junta Julgadora insiste em colidir com o entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo, por isso, ser reformada a Decisão.

Ao final do Recurso, a Empresa pede seja o mesmo Provido para que se considere Improcedente o Auto de Infração.

A PROFAZ, em Parecer de fl. 153, após análise, conclui pelo IMPROVIMENTO do Recurso pois os produtos objeto do Auto de Infração, tanto os utilizados no tratamento de água, quanto os anti-corrosivos, são produtos para uso ou consumo, utilizados para manter funcionando o maquinário e tratar a água. Diz ainda a PROFAZ que o diferencial de alíquota também é devido, pois restou comprovado que se trata de transferências interestaduais de bens do ativo fixo, nos termos do artigo 5º, V, do RICMS/89 e 5º, I, do RICMS/97.

Na assentada de julgamento, em 05/06/02 está 2ª Câmara decidiu remeter o PAF à ASTEC para que fosse verificado se as transferências questionadas, entre os estabelecimentos, ocorreram de forma definitiva e aquele órgão, em trabalho de fls 155/604, sem emitir conclusão objetiva, destaca que levando-se em conta a natureza das mercadorias, não há motivo para se presumir que as transferências não se dariam em caráter definitivo.

A Empresa, instada a se pronunciar diz que os bens foram adquiridos em caráter definitivo e a súmula 166, do STJ, definiu que as transferências não resultam em tal fato gerador do imposto.

A PROFAZ, em Parecer de fl 615, mantendo o anterior, opina pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO VENCIDO

Inicialmente, quanto à diligência solicitada, relativamente aos itens 1, 2 e 3, entendo que a mesma não é necessária, pois está consignado nos autos onde os produtos elencados no Auto de Infração são utilizados.

Quanto ao mérito, o assunto, referente aos três primeiros itens do Auto de Infração, é bastante conhecido no âmbito do CONSEF. O tratamento dado pelo fisco, aos produtos que entende não fazerem parte de processos produtivos das indústrias, é o mesmo dado aos que são usados, pelos contribuintes, para grampear papeis, fazer pontas de lápis, marcar o ponto dos funcionários, sinalizar os estacionamento dos pátios das Empresas ou consumidos pelos mesmos, na limpeza no chão dos escritórios, dos sanitários ou na manutenção do seu mobiliário. Fiz essa referência para que se tenha idéia da diferença entre produtos, realmente de uso ou consumo, e aqueles utilizados em processo, no caso, industrial. Não é possível, a meu ver, que se jogue numa vala comum, determinados produtos, como os ora analisados, utilizados, segundo essa ótica, para evitar corrosão de maquinário ou para limpar a água, com os realmente utilizados para uso ou consumo, como aqueles a que me referi anteriormente. Claro que podem existir materiais usados ou consumidos, pelos contribuintes, em atividades mais sofisticadas do que as que relacionei. No entanto, entendo ser possível, embora concorde que, em alguns casos, não é tarefa simples, identificar quais os produtos que não fazem parte, de qualquer modo, de processo produtivo. Entendo que se algum material, de algum modo, participa desse processo, não pode ser considerado de uso ou consumo. No caso, após verificar o quanto contido no PAF, cheguei à

conclusão de que todos os produtos utilizados pelo contribuinte, e glosados pelo fisco, são realmente utilizados na sua produção o que lhes confere o “status” de produto intermediário. A forma como são utilizados, a meu ver, não é o determinante para que se chegue a essa conclusão. O que importa é se concluir se, sem esses materiais, o contribuinte conseguiria, de algum modo, fabricar seus produtos com a forma, composição e qualidade exigidas pelo mercado, sem sofrer qualquer tipo de prejuízo ou se, simplesmente, conseguiria fabricá-los. No caso, entendo que todos produtos, de alguma forma, são indispensáveis à produção do autuado e sendo assim, concluo que os mesmos são produtos intermediários, cujos impostos, a eles relativos, podem ser utilizados, pelo contribuinte, como créditos, em sua conta corrente fiscal.

Quanto ao item 04 da autuação, o contribuinte afirma que há jurisprudência em âmbito federal sobre o assunto e que a Junta de Julgamento Fiscal teria colidido com a mesma. Entendo que as transferências de materiais, entre estabelecimento da mesma Empresa, que compõe o ativo fixo ou imobilizado da mesma, não podem ser tributadas, pois não constituem desincorporação, quando aí sim, seriam tributadas. E mesmo assim, se fossem desincorporadas, por venda, antes de um ano de uso, pois quando são, após um ano de uso, são isentas do imposto, como estabelecido, por exemplo, pelo artigo 6º, VIII, do RICMS/97. Ao meu ver o contido no artigo 5º, I, do já citado diploma legal, não se aplica às transferências, pois estas não estão expressamente colocadas no texto do citado artigo. Não se pode dar às transferências de produtos, constante de ativo fixo de Matriz, no caso situada em outro Estado, para filial, o mesmo tratamento dado a compra feita por estabelecimento situado neste Estado, de produtos para compor ativo fixo, quando, aí sim, há uma aquisição, ou seja, uma compra. Querer se dar ao vocábulo aquisição o sentido de recebimento por transferência é, ao meu ver, um grande equívoco. A não ser que os estabelecimentos tivessem contabilidade separadas, o que não seria comum, pois via de regra, toda Empresa, mesmo com vários estabelecimentos filiais, tem sua contabilidade centralizada, para fins de registrar ativos e passivos, imobilizados ou não. E isso não foi mostrado pelo autuante, que poderia ter comprovado que o estabelecimento autuado possuía ativos imobilizados próprios, independentes dos que constam da sua Matriz. Transferências só ocorrem entre estabelecimentos de uma mesma Empresa, pois, se assim não for, deixa de ser transferência. As transferências só devem ser tributadas se forem aquelas cujo objeto são produtos destinados à comercialização.

Sendo assim, por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso, para que seja reformada a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

VOTO VENCEDOR

Discordo do voto do Ilustre Relator quanto aos itens 1 e 2 que se referem à glosa de crédito relativo a materiais para uso e consumo, que no estabelecimento ora autuado são utilizados no tratamento de água de refrigeração de sua planta industrial, referente aos exercícios de 1996 e 1997 e dos itens concernentes ao diferencial de alíquotas relativos aos mesmos materiais.

De fato, como observou o Relator a matéria que envolve a lide é bastante conhecida no âmbito deste CONSEF, e tem gerado calorosas discussões quanto ao conceito de material de uso e consumo no âmbito das empresas industriais, e o que efetivamente se constitui produtos intermediários que seja utilizado no processo produtivo e compunha o produto ou ainda que não integre o produto final, seja indispensável e seja consumido no processo produtivo.

Verifico que os materiais que ensejaram a glosa do crédito conforme anexos fls. 13 e 17 são os seguintes: produtos BETZDEARBORN, CLORO LÍQUIDO, BARRILHA LEVE (carbonato de sódio) e HIPOCLORITO DE SÓDIO. Alegou o recorrente que os mesmos são utilizados no tratamento de água de refrigeração durante o processo produtivo e argui o princípio da não cumulatividade do imposto para justificar o aproveitamento do crédito.

O autuante na informação fiscal descreveu a função dos materiais como sendo BIOCIDAS (dificulta a proliferação bacteriológica, que poderiam levar à formação de colônias e conseqüente deposição na tubulação; ANTICRUSTANTES – evita que as colônias venham se depositar, encrustem, ou seja, fiquem aderidas à tubulação; REGULADORES DE PH – proporciona um PH adequado a não proliferação bacteriológica; ANTICORROSIVOS evitam o retardam o processo de corrosão das tubulações. Acrescenta que os mesmos são aplicados apenas no tratamento de água e refrigeração, e que os mesmos não se consomem no processo industrial principal. Deste modo, considero que os mesmos são materiais de consumo e ao teor do art. 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/BA, os mesmos a partir de 01/01/2003, farão jus ao creditamento do imposto.

Neste sentido e respaldando-se em outras decisões relativas a estes materiais concluo que os mesmos não são considerados produtos intermediários diante da descrição feita pelo autuante, e o entendimento da PROFAZ no Parecer exarado à fl. 615 dos autos, que concluiu que a finalidade dos matérias no tratamento de água e anticorrosivos não ensejam o crédito por não se tratarem de insumos, mas apenas para conservar o maquinário do autuado, entendo que não prospera a pretensão do recorrente e assim não acolho o entendimento do Iustre Relator

Por todo o exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso, mantendo o julgamento de decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269194.0009/01-6**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$213.035,93**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 61, II, “d”, e VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89 e no artigo 42, II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Ivone de Oliveira Martins, Ciro Roberto Seifert, Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro, José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de Dezembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS/VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ