

A. I. N° - 269194.0009/01-6
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO B. DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 16.04.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0120-02/02

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2001, reclama o ICMS no valor total de R\$ 213.035,93, em decorrência dos seguintes fatos:

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, conforme demonstrativo às fls. 13 a 16.
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, conforme demonstrativo às fls. 13 a 16.
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, conforme demonstrativo à fl. 17.
4. Recolhimento a menor do ICMS no total de R\$ 173.3380,64, 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, conforme demonstrativo às fls. 18 a 55.

O sujeito passivo em seu recurso às fls. 68 a 86, impugna as infrações 01 e 02 alegando que os produtos BETZDEARBORN, CLORO LÍQUIDO, BARRILHA LEVE e HIPOCLORITO DE SÓDIO, cujos créditos fiscais foram contestados, são utilizados no processo de produção no tratamento de água de

refrigeração. Diz que o direito ao crédito fiscal decorre do princípio da não-cumulatividade do ICMS previsto no artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal de 1988, e que o exame da matéria não deve se restringir a simples interpretação da lei ordinária estadual.

Cita o entendimento de juristas sobre o direito ao crédito fiscal e ao princípio da não-cumulatividade do imposto, para enfatizar que o aproveitamento de créditos existe para que se efetive o referido princípio constitucional, o qual não estabelece qualquer restrição a esse regime de abatimento, não podendo fazê-la a lei complementar ou ordinária.

Em seguida, diz que mesmo que se restrinja a apreciação do Auto de Infração à legislação ordinária estadual, entende que tem direito ao crédito das mercadorias em questão, pois são mercadorias que integram o processo industrial da fábrica de fertilizantes nitrogenados.

Diz ainda, que os RICMS aprovados pelos Decretos nº 2.460/89 e 5.444/96, indicados no AI, estão em desacordo com a Constituição Federal, por estabelecer restrição ao aproveitamento de créditos que ofendem ao princípio da não-cumulatividade.

Interpreta o artigo 95 do RICMS/89, entendendo que quando se tratar de aquisição de matérias primas (insumos) e de produtos intermediários que sejam consumidos no processo industrial ou integrem o produto final, deve ser admitido o crédito fiscal.

Assevera que em estabelecimento industrial a verificação se determinado produto faz parte do processo fabril, compõe o processo produtivo, faz parte das atividades operacionais são consumidos como elementos indispensáveis à produção, basta verificar se é possível o processo fabril sem a interferência desses produtos.

Esclarece que a amônia, uréia e ácido nítrico fabricados pelo seu estabelecimento, têm origem em um processo de transformação do gás natural, e que o tratamento de água se constitui como insumo indispensável neste processo, mesmo nele se esgotando e não integrando os produtos finais, o que poderia ser constatado mediante diligência no local.

Destacou o voto vencido do Conselheiro Nelson Teixeira Brandão ao julgar recurso voluntário interposto em outro Auto de Infração que reclamou infração idêntica à do presente processo.

Quanto à infração 03, o autuado alega que esta por ter estreita ligação com as demais infrações anteriores, a diferença de alíquota somente seria devida se não fossem legítimos os créditos fiscais, em desobediência ao princípio da não-cumulatividade do imposto.

Sobre a infração 04, o autuado alega que a diferença apurada no trabalho fiscal é improcedente, pois se refere a transferências interestaduais de mercadorias para o ativo fixo, operações essas, que não podem ser tributadas por estarem respaldadas em decisões judiciais. Assevera que as operações de transferências interestaduais de bens do ativo fixo, entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não podem ser tributadas pelo ICMS, pois não se tratam de operações de natureza mercantil. Sobre esta questão citou a doutrina e o entendimento de renomado tributarista, para manifestar o entendimento de que só há fato gerador do ICMS quando ocorrer operações relativas à circulação de mercadorias, com mudança de titularidade, concluindo que não se pode cogitar de incidência do imposto onde não há mudança de titularidade desses bens.

Fez menção a Súmula 166 do STJ, dizendo que em virtude de na data dos fatos geradores a referida súmula ainda não estava editada, cuidou de ajuizar ações cautelares e ação declaratória para dar respaldo judicial ao seu entendimento, já tendo obtido em todos os Estados deferimentos de liminares, depois confirmadas em sentenças e acórdãos, com exceção do Estado da Bahia.

Acostou ao seu recurso cópia de sentença proferida pelo Juiz da Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo confirmando liminar anterior.

Com esses argumentos, o autuado conclui só se pode falar em diferença de alíquotas na transferência de bens do ativo fixo se a operação for tributada na origem.

Ao final, protestando pela produção de todos os meios de provas em direito admitidas, o autuado requer a improcedência total da ação fiscal.

Na informação fiscal às fls. 124 a 126, o autuante esclarece que a sua ação fiscal está orientada pelos preceitos e fundamentos constantes no RICMS/BA aprovados pelos Decretos nº 2.460/89 e 5.444/96, mais precisamente o disposto no artigo 93 dos citados regulamentos.

Descreveu a função dos materiais no processo produtivo, quais sejam: BIOCIDAS – “dificulta a proliferação bacteriológica, que poderiam levar a formação de colônias e conseqüente deposição na tubulação”; ANTI-INCRUSTANTES – “evita que as colônias que venham a se depositar, incrustem, ou seja, fiquem aderidas a tubulação”; REGULADORES DE PH – proporcionam um pH adequado a não proliferação bacteriológica”; ANTI-CORROSIVOS – “evitam ou retardam o processo de corrosão das tubulações”.

Ressalta que todos os materiais são aplicados apenas no processo de tratamento da água de refrigeração, e que seriam dispensáveis se fossem utilizadas tubulações mais resistentes e água suficientemente renovada, concluindo que os referidos materiais não são consumidos no processo industrial principal nem tampouco integram o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição. Frisa que este tipo de infração já tem entendimento consubstanciado no CONSEF.

Relativamente à infração 03, o preposto fiscal mantém o seu procedimento pois decorre diretamente das duas infrações anteriores.

Quanto à infração 04, como nos itens anteriores, diz que não cabe analisar as alegações de natureza constitucional e decisões judiciais argüidas pelo sujeito passivo. Diz que deixa de rebater os argumentos defensivos, tendo em vista que o autuado em seu arrazoado não fez qualquer referência aos dispositivos do RICMS/BA citados na peça inicial.

Ao final, mantém o seu procedimento fiscal pela procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

Na análise das peças processuais, constata-se que a exigência fiscal refere-se a apropriação indevida de créditos fiscais referente a aquisições dentro do Estado e interestaduais de materiais considerados como de uso e consumo do estabelecimento durante os exercícios de 1996 e 1997, e respectivo imposto decorrente da diferença de alíquotas. O Auto de Infração exige também o imposto recolhido a menos referente a diferença de alíquotas sobre as transferências interestaduais de bens do ativo fixo, tudo conforme demonstrativos às fls. 13 a 55.

Do exame dos referidos demonstrativos, sobressai que os mesmos contêm todos os elementos necessários à demonstração do débito, cujas notas fiscais que serviram de base aos itens 01, 02 e 03, referem-se a aquisições de: BETZDEARBORN, CLORO LÍQUIDO, BARRILHA LEVE e HIPOCLORITO DE SÓDIO, que foram considerados como materiais de consumo por entender o autuante que todos os referidos materiais são aplicados apenas no processo de tratamento da água de refrigeração, e que seriam dispensáveis se fossem utilizadas tubulações mais resistentes e água suficientemente renovada, concluindo que os referidos materiais não são consumidos no processo industrial principal nem tampouco integram o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição.

O autuado, por seu turno, confirma que realmente os materiais são utilizados no tratamento de água, e se constitui como insumo indispensável neste processo, mesmo nele se esgotando e não integrando os produtos finais.

A controvérsia entre o entendimento da autuação para os argumentos defensivos, reside fundamentalmente em determinar-se qual a real utilização dos materiais no processo produtivo, de modo que seja possível considerá-los ou material de uso e consumo ou como produtos intermediários.

Se considerar as mercadorias como material de uso e consumo, de acordo com a legislação que rege a espécie, notadamente, o artigo 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/BA vigente à época, somente constitui crédito fiscal do estabelecimento, o valor do imposto por ocasião da entrada das mercadorias no estabelecimento, de bens ou materiais destinados, a partir de 01/01/2003, ao uso ou consumo, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas à industrialização, por não integrarem o produto final como elemento indispensável ou necessário à sua produção. Portanto, somente existe previsão para crédito fiscal de materiais de uso e consumo a partir de 01/01/2003.

Se, por outro lado, forem considerados como produtos intermediários para emprego em processo de industrialização, o direito ao crédito fiscal está assegurado nos artigos 94, II, “a” e 93, I, “b”, dos respectivos RICMS/BA aprovados pelos Decretos nº 2.460/89, 5.444/96 e 6.284/97.

Portanto, a questão somente poderá ser esclarecida mediante a identificação da real utilização dos materiais no processo industrial.

Pela descrição da utilização dos materiais na atividade fabril feita pelo autuante, e confirmada pelo autuado, ficou patente que eles são utilizados no tratamento da refrigeração da água e no tratamento de efluentes. Nessa condição, observo que realmente tais materiais não podem ser considerados como produtos intermediários, pois não são consumidos a cada etapa de produção, e portanto, por não integrarem o produto final na condição de elemento indispensável a sua produção, não encontra amparo no artigo 93, § 1º, dos RICMS aprovados pelos Decretos 2.460/89 e 5.444/96.

Assim, concluo com base no exposto e nas reiteradas decisões do CONSEF, inclusive em PAF em nome do autuado, que os materiais em questão foram adquiridos para uso e consumo do estabelecimento, o que torna indevida a apropriação dos créditos fiscais, e correta a exigência da diferença de alíquotas na parte relativa às aquisições interestaduais.

Quanto aos aspectos constitucionais, abstenho-me de emitir qualquer opinião por não figurar como competência desta Junta apreciar tais questões. No tocante ao pedido de diligência requerida pelo

sujeito passivo, opino pelo indeferimento, visto que os esclarecimentos prestados pelas partes são suficientemente esclarecedores acerca da utilização da real utilização dos materiais no processo de produção.

Com relação a infração 04, inerente a recolhimento a menos da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens do ativo fixo, verifica-se que a diferença apurada refere-se a transferências interestaduais dos citados bens entre os estabelecimentos situados nos diversos Estados da Federação não incluídas no cálculo mensal da diferença de alíquotas.

O autuado em sua defesa alega que as operações de transferências interestaduais de bens do ativo fixo não podem ser tributadas por estarem respaldadas em decisões judiciais, e não se tratam de operações de natureza mercantil pois não ocorreu mudança de titularidade desses bens.

Quanto às ações judiciais, o próprio contribuinte admite que as ações cautelares e declaratórias ajuizadas não foram confirmadas pelo Estado da Bahia, e acerca da sentença confirmatória de medida liminar concedida no âmbito de outro Estado da Federação, não há como considerá-la por não ter a mesma o condão de vulnerar o RICMS do Estado da Bahia.

Contudo, analisando-se a questão à luz dos RICMS/BA aprovados pelos Decretos nº 2.460/89, 5.444/96 e 6.284/97, já que os fatos geradores de que cuida esta infração remontam o período de abril de 1996 a dezembro de 1997, conclui-se de acordo com o artigo 1º, V, do RICMS/89, artigo 5º, I, dos RICMS/96 e RICMS/97, que ocorre o fato gerador para fins de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens do ativo fixo, no momento da entrada no estabelecimento do contribuinte, entendendo-se como entradas as compras ou transferências. Assim, subsiste a infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração no valor de R\$ 213.035,93.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269194.0009/01-6**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR