

A. I. Nº - 271330.0010/01-7
AUTUADO - POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
AUTUANTE - JORGE VICTOR GRAVE
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 04.06.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0186-02/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL RELATIVO ÀS ENTRADAS DE MERCADORIAS UTILIZADAS NA FABRICAÇÃO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS COM BENEFÍCIO DE ISENÇÃO, DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS. MATÉRIA SUB-JUDICE. Mantido o lançamento tributário, tendo em vista que independentemente da matéria se encontrar ou não sub-judice, como medida preventiva, é devido o Fisco efetuar o lançamento, sob pena da decadência do direito de fazê-lo. Não acolhida a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Comprovado que parte dos materiais tratam-se de produtos intermediários que participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição. Reduzido o débito. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. 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. Infração elidida parcialmente. **3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E DO ESTOQUE. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/12/2001, reclama o ICMS no valor total de R\$ 227.976,76, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS no total de R\$99.149,28, no período de julho a novembro de 1996, e dezembro de 1997, relativo às entradas de matéria prima, material secundário, material de embalagem utilizados na fabricação de produtos industrializados com benefício de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação, conforme demonstrativos às fls. 16 a 21.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$ 75.650,88, no exercício de 1996, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 22 a 34.

3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 52.779,50, no exercício de 1996, 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 demonstrativos às fls. 35 a 41.
4. Deixou de escriturar o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, sujeitando-se à multa no valor de R\$397,10, prevista no artigo 42, inciso XV, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo por intermédio de seu procurador legalmente constituído, em seu recurso às fls. 08 a 14, após efetuar uma síntese do ocorrido na ação fiscal, com a transcrição das infrações e referência aos dispositivos tidos com infringidos, apresenta como razões de defesa o seguinte.

Infração 01 – Argüi preliminar de nulidade desta imputação fundamentada na alegação de que os Convênios ICMS 01/90, 02/90 e 06/90 que amparam o lançamento tributário desta infração se encontram com sua eficácia suspensa por força de liminar em Mandado de Segurança, concedida ao Governador do Estado do Amazonas, pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-1-DF, que a transcreveu. Por conta desse argumento, aduz que não pode a administração fiscal proceder a exigibilidade do crédito tributário, e por isso o Convênio ICMS 65/88 está vigorando em toda a sua plenitude.

Infração 02 – Alega que os produtos relacionados nos Anexos G-1 e G-2 tratam-se de insumos que atuam diretamente no processo produtivo do estabelecimento, e que tem direito aos respectivos créditos fiscais com fulcro nos artigos 49, II e 51, III da Lei nº 4.825/89, e os artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, todos transcritos. Esclarece que a empresa é um estabelecimento industrial, e que os créditos fiscais utilizados referem-se a aquisições de produtos químicos utilizados no tratamento de água, refrigeração e água refrigerante. Afirma que tais materiais não podem ser considerados como de uso ou consumo, pois referem-se a insumos que estão diretamente ligados ao processo industrial nos termos do parágrafo único do artigo 51 da Lei nº 4.825/89, e por integrarem o custo das mercadorias produzidas, quer do ponto de vista contábil, quer do ponto de vista jurídico, o crédito fiscal se constitui um direito em obediência ao princípio da não-cumulatividade. Transcreveu a ementa da decisão da 4ª JFF, Acórdão nº 1546/99 que considerou como legítima a apropriação dos créditos fiscais sobre tais produtos. Em relação ao óleo lubrificante explicou a sua função no processo produtivo dizendo que trata-se de um material que tem função e característica específica, pois é substituto do Polibuteno, insumo que participa da reação química no processo de polimerização do Polietileno, que ao ser consumido perde sua viscosidade e é drenado ao cabo de sua participação no processo industrial. Informa que o óleo lubrificante já foi objeto de autuações anteriores e todas foram reconhecidas como improcedentes pela 6ª JFF, Acórdão JFF nº 1215/00, confirmada pela 1ª CJF, Acórdão CJF nº 1344/00 e 2ª CJF, Acórdão CJF nº 0705/99.

Infração 03 – argüi que tratando-se das mesmas mercadorias de que cuida a infração precedente, não é cabível o pagamento da diferença de alíquotas tendo em vista referem-se a insumos utilizados no processo produtivo do estabelecimento.

Infração 04 – considera improcedente este item, esclarecendo que a empresa mantém um sistema auxiliar de controle previsto no artigo 326 do RICMS, o qual dispensa a escrituração do livro Registro de Controle da Produção e Estoque.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração, ou caso a sua improcedência.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 62 a 64 rebateu as razões da defesa com base nos seguintes argumentos.

Infração 01 – sustenta que não deve ser acatada a preliminar de nulidade, pois a medida liminar foi concedida, mas ainda não foi julgado o mérito do mandado de segurança, cujo crédito fiscal deve ser constituído por dever de ofício, sobrestando-se a cobrança para época própria, após a decisão final do STF.

Infração 02 – o autuante concorda que alguns dos produtos cujos créditos fiscais foram considerados indevidos em sua ação fiscal, também o foram em outras ações fiscais tendo o julgamento sido favorável ao autuado. Mesmo assim, apela pela mudança de entendimento pelo órgão julgador, por entender que faz-se necessário seja identificada a real função que os materiais exerce no processo produtivo visando distinguir o produto que é consumido e o material que se desgasta durante o processo produtivo. Entende que é consumido aquele produto que se esgota em uma só passagem pelo processo produtivo, como é o caso dos insumos (matéria prima e material secundário), incorporando-se ou não ao produto final. Quanto aos materiais que se desgastam na medida em que vão sendo utilizados, estes vão perdendo suas características físicas até que não mais atendam às necessidades e finalidades, necessitando a sua substituição, como é o caso da graxa de silicone, o freon, o aditivo de água de refrigeração e o lubrificante do compressor constantes nos Anexos que serviram de base à autuação. Sobre os produtos elencados no seu Anexo G-1, o preposto fiscal salienta que o sujeito passivo ao não fazer qualquer menção a estes, reconheceu tacitamente que os créditos fiscais são indevidos. Com relação ao óleo lubrificante do compressor, o autuante esclarece que este tem a mesma função que a graxa que lubrifica e protege vários outros equipamentos. E quanto aos ácidos, soda cáustica, etc, diz que a função que exerce no processo produtivo é de tratamento de água de refrigeração ou no tratamento de efluentes, e que este último não é essencial ao processo produtivo tendo em vista que pode ser realizado fora da unidade fabril e por outra empresa. Mantém a procedência da infração.

Infração 03 – diz que este pode ser considerado como acessório do anterior, e que ao acatar-se a procedência da infração 02, no sentido que os materiais não são insumos, este item torna-se subsistente.

Infração 04 – o preposto fiscal assevera que o artigo 326, parágrafo 2º, inciso I, do RICMS/97 estabelece que a substituição do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque por controles internos deverá ser comunicada à repartição fazendária. Mantém a multa aplicada, pois o autuado operou a substituição do referido livro sem efetivar a comunicação à SEFAZ.

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

VOTO

Do exame dos documentos que compõem o processo, concluí o seguinte.

Infração 01 – trata da falta de estorno de crédito fiscal do ICMS, relativo às entradas de matéria prima, material secundário, material de embalagem utilizados na fabricação de produtos industrializados com benefício de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação. O autuado não questiona a metodologia aplicada na apuração do débito, nem os números apurados no trabalho fiscal, conforme demonstrativos às fls. 16 a 21. No entanto, argüi preliminar de nulidade fundamentada na alegação de que os Convênios

ICMS 01/90, 02/90 e 06/90 se encontram com sua eficácia suspensa por força de liminar em Mandado de Segurança, concedida ao Governador do Estado do Amazonas, pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-1-DF que a transcreveu. De acordo com o artigo 167, II, do RPAF/99, não se incluem na competência das JJF, opinar sobre questões que se encontram sob apreciação no âmbito do Poder Judiciário. Além do mais, observo que não existe nenhuma questão prejudicial à sua efetividade por descumprimento de preceito legal que impeça o Fisco de constituir o crédito tributário, pois independentemente da matéria encontrar-se *sub-judice*, é devido o Fisco efetuar o lançamento, sob pena da decadência do direito de fazê-lo.

Infração 02 – o débito deste item refere-se a apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, discriminados no Anexo G-1 constante às fls. 22 a 34, cujas mercadorias são: LUBRIFICANTE DE COMPRESSOR; HIPOCLORITO DE SÓDIO; FREON; ÁCIDO CLORÍDICO; GRAXA DE SILICONE; SODA CÁUSTICA; ADITIVO DE ÁGUA; SOLVENTE DE TINTA; FITA ADESIVA; e RESPECTIVOS FRETES. O sujeito passivo alega que os referidos produtos tratam-se de insumos que atuam diretamente no processo produtivo do estabelecimento, e que tem direito aos respectivos créditos fiscais com fulcro nos artigos 49, II e 51, III da Lei nº 4.825/89, e nos artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, e que os mesmos já foram objeto de ações fiscais anteriores julgadas improcedentes, conforme Acórdão nº 1546/99 da 4ª JFF e Acórdão JJF nº 1215/00 da 6ª JFF, confirmada pela 1ª CJF, Acórdão CJF nº 1344/00. O primeiro Acórdão (1546/99) tratou de matéria completamente diferente da que cuida este item. Quanto aos demais Acórdãos, ao contrário do que afirmou o autuado, foram considerados procedentes com base em revisão fiscal, o reclamo fiscal pela JJF e pela CJF referente aos créditos fiscais indevidos de HIPOCLORITO DE SÓDIO; FREON e ÁCIDO CLORÍDICO. Portanto, sobre estes três produtos acompanho a jurisprudência firmada na mesma decisão dos citados órgãos julgadores, tendo em vista que tais produtos 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. No tocante ao LUBRIFICANTE DE COMPRESSOR (ÓLEO), considerando também a jurisprudência firmada no CONSEF (Acórdão JJF nº 1215/00 da 6ª JFF), no sentido de que, embora o referido não integre o produto final, mesmo assim, dada a sua essencialidade no processo industrial, já que é consumido na etapa produtiva do Polietileno de Baixa Densidade, acompanho o entendimento de que o produto em questão se enquadra no artigo 94, II, “a”, do RICMS/89 e no artigo 93, § 1º, dos RICMS aprovados pelos Decretos 5444/96 vigentes à época dos fatos geradores, para fins de apropriação do crédito fiscal, devendo, por isso, ser excluído do montante desta infração os créditos fiscais a ele inerente. Quanto aos demais produtos (GRAXA DE SILICONE; SODA CÁUSTICA; ADITIVO DE ÁGUA; SOLVENTE DE TINTA; FITA ADESIVA; e RESPECTIVOS FRETES) o autuado não trouxe aos autos qualquer prova sobre os mesmos, além do fato de 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. Desse modo, concluo pela subsistência parcial desta parte da autuação no valor de R\$ 43.870,28, após a exclusão das notas fiscais abaixo discriminadas correspondentes aos créditos fiscais de LUBRIFICANTE DE COMPRESSOR (ÓLEO).

MÊS	N.FISCAL	C.INDEVIDO	DIF.ALIQ.	MERCADORIA
Jan/96	138	363,59	519,41	LUBRIFICANTE DO COMPRESSOR
Jan/96	401	1.457,35	2.081,93	IDEM
Mar/96	13	682,87	975,52	IDEM
Mar/96	17	683,65	976,65	IDEM
Mar/96	26	659,29	941,85	IDEM
Mar/96	24	711,15	1.015,94	IDEM
Abr/96	132	686,40	980,58	IDEM
Abr/96	131	659,68	942,41	IDEM

Jun/96	476	800,01	1.142,88	IDEM
Jul/96	478	1.101,70	1.573,86	IDEM
Ago/01	593	482,48	689,27	IDEM
Set/96	170	10.987,35	-	IDEM
Set/96	734	543,77	776,83	IDEM
Out/96	187	11.021,49	-	IDEM
Dez/96	1093	295,46	422,09	IDEM
Dez/96	1090	644,36	920,52	IDEM
TOTAIS		31.780,60	13.959,74	

Infração 03 – este item está correlacionado com o item precedente, pois trata-se de imposto a título de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, cujas notas fiscais relacionadas às fls. 35 a 41 referem-se a LUBRIFICANTE DE COMPRESSOR; ADITIVO DE ÁGUA; e RESPECTIVOS FRETES, cujas mercadorias, pelas conclusões anteriores, com exceção de LUBRIFICANTE DE COMPRESSOR (ÓLEO), ficou evidenciado que as demais mercadorias foram adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, sendo devido o pagamento da diferença de alíquotas, conforme previsto nos artigos 109, III do RICMS/89 e no artigo 5º, inciso I do RICMS/96. Procedendo-se a exclusão dos valores constantes nas notas fiscais relacionadas no quadro acima relativas a lubrificantes de compressor, o débito deste item fica reduzido para o valor de R\$ 38.819,76.

Infração 04 – diz respeito a multa por descumprimento de obrigação acessória em virtude da falta de escrituração do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque. O autuado não comprovou a sua alegação de que mantém um sistema auxiliar em substituição ao referido livro, que havia comunicado o fato a repartição fazendária de sua circunscrição fiscal na forma prevista no artigo 326 parágrafo 2º, inciso I, do RICMS/97. Assim, restando caracterizado o cometimento desta infração, ou seja, de desobediência ao disposto no § 7º do art. 325 do RICMS/97 é devida a aplicação da multa no valor de 10 UPFs-BA, prevista no artigo 42, inciso XV, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 182.236,42, cujos demonstrativos de débitos das infrações 02 e 03 ficam modificados conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Infração 02 - 01.02.02

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	Infração
31/01/96	09/02/96	19.879,00	17	60	3.379,43	2
28/02/96	09/03/96	15.734,35	17	60	2.674,84	2
31/03/96	09/04/96	28.582,94	17	60	4.859,10	2
30/04/96	09/05/96	16.674,76	17	60	2.834,71	2
31/05/96	09/06/96	20.177,12	17	60	3.430,11	2
30/06/96	09/07/96	19.123,82	17	60	3.251,05	2
31/07/96	09/08/96	25.563,76	17	60	4.345,84	2
31/08/96	09/09/96	9.326,47	17	60	1.585,50	2
30/09/96	09/10/96	17.435,53	17	60	2.964,04	2
31/10/96	09/11/96	23.824,35	17	60	4.050,14	2
30/11/96	09/12/96	27.613,76	17	60	4.694,34	2
31/12/96	09/01/96	34.124,59	17	60	5.801,18	2
TOTAL DO DÉBITO					43.870,28	

Infração 03 - 06.02.01

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	Infração
31/01/96	09/02/96	12.974,94	17	60	2.205,74	3
28/02/96	09/03/96	10.106,53	17	60	1.718,11	3
31/03/96	09/04/96	21.415,47	17	60	3.640,63	3
30/04/96	09/05/96	17.407,06	17	60	2.959,20	3
31/05/96	09/06/96	14.997,65	17	60	2.549,60	3
30/06/96	09/07/96	15.597,82	17	60	2.651,63	3
31/07/96	09/08/96	23.706,12	17	60	4.030,04	3
31/08/96	09/09/96	8.832,00	17	60	1.501,44	3
30/09/96	09/10/96	17.394,24	17	60	2.957,02	3
31/10/96	09/11/96	19.523,88	17	60	3.319,06	3
30/11/96	09/12/96	28.442,59	17	60	4.835,24	3
31/12/96	09/01/96	37.953,24	17	60	6.452,05	3
TOTAL DO DÉBITO					38.819,76	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271330.0010/01-7**, lavrado contra **POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 181.839,32**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 61, II, “d”, VIII, “a” e “b”, da Lei nº 4.825/89, e no artigo 42, VII, “a”, “b” e II “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de **10 UPFs-BA**, prevista no inciso XV, “d” da citada Lei nº 7.014/96.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR