

A. I. N° - 269568.0004/00-4
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
AUTUANTES HERMINDA DURAN RODRIGUEZ BRITO, JORGE LUIZ VIRGENS GONZAGA e
MARCO ANTONIO CARVALHO MATOS
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 15. 08. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0288-04/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Efetuada a correção no cálculo do imposto. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Nas aquisições em outros Estados de mercadorias destinadas a uso e consumo, é devido o recolhimento do diferencial de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2000, exige ICMS no valor de R\$405.140,97, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo (Anexo I);
2. Falta de recolhimento do imposto, por diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições em outros Estados de materiais para consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo (Anexo I);

O autuado em sua defesa de fls. 50 a 67 dos autos impugnou o lançamento fiscal com os seguintes argumentos:

Com referência à infração 1 alega, inicialmente, que os créditos fiscais foram utilizados em atendimento ao princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto. Argumenta que tal direito foi insculpido na Carta Magna sem qualquer restrição, sendo inadmissível que lei complementar ou ordinária imponha limites ao seu uso. Cita entendimento de juristas para corroborar suas alegações.

Aduz que o RICMS/89 e o RICMS/96, em vigor à época dos fatos, estão em desacordo com a Constituição Federal, ao estabelecer restrições ao aproveitamento de créditos pelo contribuinte, ofendendo o princípio da não cumulatividade do imposto.

Além disso, assevera que as mercadorias adquiridas, não são materiais de uso e consumo, mas insumos, pois são empregadas no seu processo produtivo e neles consumidos, sem os quais,

não seria possível tal processo. Descreve às fls 61 a 65, como é utilizado cada produto objeto da ação fiscal no processo produtivo, onde se percebe que os mesmos são indispensáveis, por terem utilização contínua e permanente, cuja falta impede a sua realização, fato que pode ser constatado mediante perícia (diligência) em suas instalações.

Ao finalizar, antes as razões acima expostas, vê-se que o Auto de Infração é inteiramente improcedente.

Quanto à infração 2, argumenta que essa suposta infração tem estreita relação com a também suposta infração apontada no item anterior. Explica que o art. 1º, § 1º, do RICMS, considera fato gerador do imposto a “entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a consumo ou ativo fixo do próprio estabelecimento”. Assim o autuante considera que, no caso, é devido diferencial de alíquota do imposto, exatamente porque admite que os produtos já referidos no item anterior são destinados apenas ao uso e consumo do estabelecimento, o que não concorda. É que já se demonstrou exaustivamente na presente defesa, de que os produtos objeto da autuação não podem ser considerados simplesmente de consumo do estabelecimento, descabendo, portanto, a sua inclusão na regra do RICMS supra mencionada, para que haja a incidência do imposto e se possa exigir o diferencial entre a alíquota interna e interestadual, pelo que inexistente a infração apontada.

Ao concluir, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente, além de protestar pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente juntada de novos documentos e perícia.

Os autuantes ao prestarem a sua informação fiscal de fls. 72 a 74 dos autos assim se manifestaram:

a) Que para a lavratura do presente Auto de Infração, se basearam na legislação do RICMS vigente à época em que ocorreram os fatos geradores, oportunidade em que transcreveram os arts. 94, seu inciso II e alínea “a” e 95 do RICMS/89 e do art. 93, seu inciso I, “b” e o seu § 1º do RICMS/96;

b) Que os dispositivos acima citados fundamentaram a autuação. A título de exemplo, dizem que os produtos barrilha, sulfato de alumínio, etc., não tem vinculação com o produto final. Esclarecem que a empresa é obrigada em função de leis ambientais, a tratar os detritos decorrentes do processo industrial, mais jamais dizer que este tratamento é “indispensável ao produto”, uma vez que, quando ocorre este já se encontra, na maioria das vezes, pronto. Um outro exemplo são os produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração (inibidores de corrosão, desincrustantes, bactericidas, etc.) Estes produtos visam tão somente à preservação e a diminuição do desgaste dos equipamentos industriais, sobretudo dos trocadores de calor, porém, não interferem no produto final, sendo que, com relação aos demais produtos, podem ser aplicados semelhantes raciocínios.

c) Quanto aos argumentos de que a restrição à apropriação de créditos fiscais através de legislação ordinária ou complementar é inconstitucional, por ferir o princípio da não cumulatividade, entendem que tal matéria não pode ser apreciada no âmbito administrativo.

Solicitam, ao final, a manutenção do Auto de Infração.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, face o autuado haver alegado que os produtos objeto da autuação são empregados no seu processo produtivo, cujo argumento não foi acatado pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, foi proposta por este

Relator e aceita pela 4ª JJF, a sua conversão em diligência a ASTEC, para que Auditor Fiscal a ser designado, “*in loco*”, após conhecer o processo produtivo da empresa, informasse se as referidas mercadorias são indispensáveis para a obtenção dos produtos fabricados.

Foi também solicitado, caso houvesse alteração do imposto cobrado, que fosse elaborado um novo demonstrativo do débito do imposto e que fosse dado vistas ao autuado e aos autuantes para, querendo, se manifestarem a respeito.

Cumprida a diligência de fls. 81 a 83, o auditor fiscal designado, acerca da aplicação das mercadorias objeto da autuação, fez a seguinte síntese:

1) No caso do xileno misto, trata-se de um composto formado basicamente por hidrocarbonetos aromáticos. Na indústria de petróleo/petroquímica tem as seguintes aplicações: solventes de resinas e borrachas; formulação de tintas, vernizes e thinners; diluentes; formulação de inseticidas; auxiliar em processos de separação química. No estabelecimento autuado, de acordo com informações obtidas, tal produto foi utilizado na formulação da gasolina como elevador da octanagem. Em contato com o fornecedor do produto, a COPENE, o engenheiro responsável informou que a gasolina é um *blend* composto por olefinas, aromáticos e compostos nitrogenados e que é possível a inclusão do xileno misto na composição da gasolina objetivando o ajuste de parâmetros físico-químicos, atuando como elevador de octanagem, além de melhorar o perfil da curva de destilação no processo de obtenção da gasolina. Frisa que, no presente lançamento, somente houve a glosa dos créditos fiscais do referido produto no exercício de 1995;

2) Com referência aos demais produtos, disse que não integram o produto final, dado o grau tecnológico existente à época do fato gerador, os quais viabilizam o processo produtivo atuando como:

- auxiliares no tratamento de água de resfriamento e de geração de vapor com vista a inibir a corrosão e manter a eficiência de equipamentos do processo;
- inibidores de corrosão aplicados diretamente no processo produtivo;
- tratamento de resíduos efluentes industriais;
- removedores de impurezas indesejáveis nos produtos acabados, etc., conforme detalhado em planilha anexa.

Quanto à validação dos créditos referentes à aquisição dos produtos em tela, deixa de opinar, por entender que a cabe ao CONSEF a sua decisão.

Ao concluir, diz que, com base nas informações coletadas no estabelecimento autuado, elaborou um resumo das características e aplicação dos produtos em questão, o qual anexa ao PAF, oportunidade em que sugeriu que o mesmo fosse encaminhado ao autuado e aos autuantes, para se manifestarem no prazo de 10 (dez) dias, em obediência ao disposto no §1º, do art. 149, do RPAF.

Em nova manifestação às fls. 93 a 95, sobre a diligência realizada, o autuado aduziu que a mesma confirma a utilização dos produtos, como indispensáveis ao processo fabril da empresa, pelo que é lícito o aproveitamento dos créditos relativos às suas aquisições, à luz do art. 95, do RICMS.

Transcreve orientação do autor Roque Carraza, sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS, já citada anteriormente por ocasião da impugnação, para embasar a sua alegação.

Ao concluir, reitera tudo quanto foi alegado na impugnação, bem como o pedido para que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

VOTO

Inicialmente, sobre a alegação defensiva de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador à sua apreciação.

Quanto à nulidade da autuação questionada no item 14 das razões de defesa, segundo a qual teria sido consignado no Auto de Infração como dispositivos infringidos artigos do RICMS/96, que entrou em vigor em 01/07/96, para as infrações ocorridas no exercício de 1995, não procede. Basta compulsar o Auto de Infração, para comprovar que o enquadramento das infrações foi corretamente aplicado pelos autuantes.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar os elementos que instruem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1- reporta-se a utilização indevida de créditos fiscais, referentes às aquisições dos produtos relacionados no Anexo 1, os quais, segundo os autuantes, se destinaram para uso e consumo do estabelecimento.

Em sua defesa, o autuado alegou que as mercadorias objeto da glosa dos créditos fiscais são insumos empregados no seu processo industrial e nele consumidos, sem os quais, seria impossível a sua produção, alegação não acatada pelos autuantes quando prestaram a sua informação fiscal, sob o argumento de que as mercadorias de nome barrilha, sulfato de alumínio, etc. não têm vinculação com o produto final. Como justificativa, esclareceram que a empresa é obrigada, em função de leis ambientais, a tratar os detritos decorrentes do processo industrial, mais jamais se pode dizer que este tratamento é “indispensável ao produto”, uma vez que, quando ocorre este já se encontra, na maioria das vezes, pronto. Quanto aos produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração (inibidores de corrosão, desincrustantes, bactericidas, etc.), afirmam que tais produtos visam tão somente à preservação e a diminuição do desgaste dos equipamentos industriais, sobretudo dos trocadores de calor, porém não interferem no produto final, o mesmo ocorrendo com os demais produtos.

Face à controvérsia acima, quando da instrução do PAF, foi proposta por este Relator e aceita pela 4ª JJF, a sua conversão em diligência, para que auditor fiscal a ser designado, “*in loco*”, após conhecer o processo produtivo da empresa, informasse se as mercadorias, efetivamente, são indispensáveis para obtenção dos produtos por ela fabricados.

Segundo o diligente, a mercadoria xileno misto foi utilizada na formulação da gasolina como elevador de octanagem e que somente houve a glosa do crédito fiscal no exercício de 1995. Sobre as demais mercadorias, disse que não integram o produto final, as quais viabilizam o processo produtivo como auxiliares no tratamento de resfriamento e de geração de vapor, inibidores de corrosão, tratamento de resíduos e de efluentes industriais e como removedores de impurezas.

Prestadas as informações acima e para melhor entendimento da questão, vejamos o que diz a legislação vigente à época dos fatos geradores, quanto à vedação do crédito fiscal:

RICMS/89 – Art. 97 – É vedado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como os serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou pagamento do imposto;

I -

II – para uso e consumo do estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas, diretamente, a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável à sua produção, composição ou prestação;

RICMS/96 – Art. 97 – É vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à entrada de mercadorias no estabelecimento, nos seguintes casos:

I -

II – para uso e consumo do estabelecimento.

Além das regras acima, a orientação contida no Parecer Normativo nº 01/81, da lavra da antiga PROFI, considera para que uma mercadoria seja definida como produto intermediário, gerando direito ao crédito fiscal, exige-se que, ou integre o produto final, como elemento indispensável à sua composição ou, não havendo integração, seja consumida, inutilizada, gasta ou destruída a cada processo produtivo, de forma que seja necessária a sua renovação.

Ressalto que, tomei como base para o entendimento acima, as observações consignadas no resumo das características e aplicação dos produtos feitos pelo diligente às fls. 84 a 90, segundo o qual os mesmos não integram o produto final, salvo o de nome xileno mixto. É que esse produto integra o produto final, caracterizando-se como insumo, propiciando o direito ao crédito fiscal.

Desse modo, entendo que a infração ficou parcialmente caracterizada, devendo ser excluído da autuação nos meses de julho e setembro/95 os valores de R\$63.550,23 e R\$61.371,41, respectivamente, ficando a exigência referente a esses meses retificadas para R\$15.099,39 e R\$11.928,70, respectivamente.

Infração 2- diz respeito à falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento.

O autuado em sua defesa se limitou a alegar que as mercadorias objeto da autuação conforme já demonstrado exaustivamente na infração 1, não podem ser consideradas como material de uso e consumo do estabelecimento, não cabendo, portanto, a sua aquisição na regra do art. 1º, § 1º, V, do RICMS, o que não concordo. É que consoante a diligência de fls. 84 a 90, as referidas mercadorias, além de não integrar o produto final, não tem relação direta de consumo com a quantidade de produtos acabados ou intermediários, razão pela qual as considero material de uso e consumo. Nessa situação, é devido o imposto por diferença de alíquota.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$280.219,33.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269568.0004/00-4**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS280.219,33**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista nos arts. 61, II, “d”(redação vigente à época), III, “b” e VIII, “a”, da Lei 4825/89 e 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

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 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2002.

ANTONIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM – JULGADOR