

A. I. Nº - 206888.0016/01-9
AUTUADO - COMPANHIA VALE DO RIO DOCE
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAUJO
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 25/09/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0319-03/02

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. INIDONEIDADE. PREPARO E DISTRIBUIÇÃO DE REFEIÇÕES POR TERCEIROS AOS EMPREGADOS DO ESTABELECIMENTO. Constatado o preparo e fornecimento de refeições por empresa do Estado de Pernambuco, no refeitório do autuado localizado em território baiano, é devido o ICMS ao Estado da Bahia, pela aplicação do princípio da territorialidade, cuja responsabilidade, pelo recolhimento do imposto, é do adquirente. **Infração comprovada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAIS DE USO E CONSUMO.** Infração parcialmente comprovada, com exclusão de itens que não serviram para deduzir eventuais valores de débito fiscal. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Infração comprovada. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, de 28/12/2001, exige ICMS no valor de R\$ 3.584.887,78 em decorrências das seguintes irregularidades:

1. Adquiriu com notas fiscais inidôneas, refeições produzidas no restaurante situado na sede de seu estabelecimento, situado na Fazenda Brasileiro, Zona Rural do município de Teofilândia, Estado da Bahia. A inidoneidade se caracterizou com o recebimento de mercadorias produzidas na sede do estabelecimento autuado, mas acobertadas com notas fiscais emitidas pela empresa CDP - CENTRAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS LTDA, situado no Estado de Pernambuco, inscrição estadual 18.1.001.0160629-3 e CGC 35.310.093/0001-35, ICMS no valor de R\$ 91.629,89.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, ICMS no valor de R\$ 1.330.814,67
3. Deixou de recolher ICMS 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, no valor de R\$ 2.162.443,22.

O autuado através de seus advogados legalmente constituídos, ex vi instrumento de mandato de fls. 577 a 581, tempestivamente, ingressa com defesa, fls. 551 a 572, argumentando que a autuação não deve prosperar, pelas seguintes razões de fato e de direito:

1. Afirma que as notas fiscais emitidas pela CDP – Central Distribuidora de Produtos Ltda, não são inidôneas, são representativas de compras feitas pela impugnante, seguidas da real entrada de mercadorias no seu estabelecimento, e que o vendedor encontrava-se e ainda encontra-se regularmente inscrito no Cadastro Geral de Contribuintes do Estado de Pernambuco. Aduz que o autuado pode comprar os produtos de que necessita onde melhor lhe pareça, os documentos emitidos eram regulares, o ICMS foi recolhido pelo vendedor ao Estado de Pernambuco e não houve qualquer declaração de inidoneidade do vendedor. Anexa DAEs comprovando o pagamento do ICMS pelo vendedor ao Estado de Pernambuco, e reafirma que a exigência de recolhimento do ICMS pelo comprador, como pretende o Fisco da Bahia, configuraria bitributação. Também que o fato da vendedora possuir filial na Bahia não proíbe o autuado de fazer as suas compras junto a outros estabelecimentos da mesma empresa, sediados em outros Estados.
2. Os bens autuados referem-se em sua maioria a insumos, necessários à atividade da Impugnante, não se confundindo com bens de uso e consumo, não tendo o aproveitamento de seus créditos de ICMS limitados por leis infraconstitucionais.
3. Tampouco é exigível o diferencial de alíquotas relativamente aos insumos, eis que a Constituição apenas o prevê para os casos em que o contribuinte adquire tais bens na qualidade de consumidor final, o que não se dá no que tange a este tipo de bem.
4. Não existe previsão pela Lei Complementar nº 87/96 do fato gerador do adicional de alíquota, o que afasta a sua cobrança, mesmo porque seria inócua a sua exigência diante da extensão da permissão de aproveitamento de créditos aos bens de uso, consumo e ativo fixo.
5. Uma parte dos créditos glosados pela fiscalização não chegou a ser utilizada pela impugnante.
6. Salienta que o princípio da não – cumulatividade não admite qualquer restrição que não esteja expressamente prevista na Carta Magna.
7. Afirma que as exigências fiscais relativas ao exercício de 1996 já foram atingidas pela decadência, quer considerando-se o art. 150 § 4º do CTN, quer considerando-se o art. 171, I do CTN, vez que o lançamento data de janeiro de 2002.
8. Ressalva que a autuação relativa ao item 2, funda-se em entendimento equivocado do Fisco, de que os materiais autuados são de uso e consumo, e por isso não dão direito ao creditamento dos valores do ICMS e do diferencial de alíquotas, entretanto, que os créditos aproveitados referem-se, dentre outros, à aquisição de insumos, quais sejam: bolas de aço, bits, adaptador de perfuração, broca, luva, haste, câmara de ar, pneus, nitrato de amônio, palha de arroz, monóxido de chumbo e floculante, ácido clorídrico, acetileno, telecomunicações, energia elétrica, correia, cabos de aço, chapa de desgaste britador mandíbula e placa de desgaste.
9. Discorre que no tocante às bolas de aço, são insumos imprescindíveis na sua atividade, uma vez que são utilizadas no processo de separação do ouro dos demais elementos encontrados no minério extraído. Esclarece que o ouro, um dos principais minerais extraídos e principal componente da liga que é produzida e comercializada pela empresa, raramente é encontrado na natureza em sua forma pura, e para que seja dissociado dos minerais indesejáveis, mister que o bloco de minério seja submetido a um processo de moagem e britagem, a partir do qual será obtida uma determinada granulometria. As chamadas “bolas de aço” ou bolas de moinho, empregadas no processo de moagem e britagem, são chocadas contra os blocos de minério, reduzindo-os a partículas que posteriormente serão submetidas a procedimentos químicos e físicos, para que finalmente se obtenha o produto final: a liga.

10. Ressalta que as referidas bolas são completamente desgastadas no moinho, em virtude do atrito com o minério e que a cada tonelada de minério moído são consumidos 850 gramas de bolas de aço, ou seja, como são produzidos 85.000 toneladas de minério/mês são consumidas 72,25 toneladas de bolas de aço por mês. Descreve o processo produtivo no documento nº 05.
11. Esclarece o emprego de cada um dos bens autuados, insumos utilizados como segue:

– Bits, adaptador de perfuração, coroa alargada – são utilizados na mina subterrânea para perfurar a rocha, e de acordo com o seu diâmetro são acoplados na ponta das hastes dos equipamentos, desgastando-se pelo atrito com a rocha. O consumo médio varia entre 400 e 800 metros por mês.

- Punho de perfuração: peça que se fixa na perfuratriz para dar apoio na colocação das luvas para fixar a haste, desgastando-se pelo uso contínuo devido ao atrito roto-percussivo. O consumo médio varia entre 1000 e 2500 metros por mês.
- Broca : peça para perfurar a rocha para colocação de explosivos, desgastando-se pelo atrito com a rocha.
- Luva para perfuração: peça utilizada para alongamento do furo da perfuração das rochas, desgastando-se devido ao atrito roto-percussivo. O consumo médio é 2500 metros por mês.
- Haste de perfuração: peça utilizada para alongamento do furo na perfuração das rochas, desgastando-se devido ao atrito roto-percussivo. O consumo médio varia entre 400 e 2000 metros por mês.
- Câmara de ar: em tratores tipo plataforma são utilizadas para instalação de dutos de ventilação e água na mina subterrânea e em motoniveladora articulada.
- Pneus: atuam no processo produtivo para transporte do material desmontado da mina até a usina de beneficiamento do minério.
- Nitrato de amônio: componente utilizado para detonação da rocha. O consumo médio é de 60 toneladas por mês.
- Palha arroz: utilizada no processo de fabricação de explosivos granulados, sendo um dos componentes da mistura. O consumo médio é de 8 toneladas por mês.
- Ácido clorídrico: na solução de 37% é utilizado na lavagem e regeneração do carvão ativado. São necessárias 12 toneladas por mês. Em laboratório é utilizado em análises químicas em geral e para abertura de metais. São necessários 40 litros por mês.
- Floculante: utilizado para clareamento da água no processo de extração de minério. O consumo médio é de 850 Kgs por mês.
- Acetileno: utilizado em análise em equipamentos de absorção atômica. O consumo médio de 04 cilindros (09 Kgs) por mês.
- Chapa de desgaste britador mandíbula: na britagem primária é utilizada para diminuir o minério a uma granulometria em torno de 5 polegadas. Vida útil de 06 meses.
- Placa de desgaste moinho: peça integrante do moinho e tem a função de proteger sua carcaça e participar do processo de moagem do minério. Vida útil de 10 meses ou 450.000 toneladas de minério moído para cada moinho.
- Correia transportadora: é utilizada no transporte mecânico do minério, em diferentes etapas de comunicação. Vida útil de 01 ano.
- Cabo de aço: São cabos utilizados no içamento de minério no poço de extração, sustentação dos transportadores de correias, bem como guia dos guinchos de extração e serviços da área de produção. Vida útil de 01 ano.
- Telecomunicações : processo de comunicação da mina subterrânea e da usina CIP da área de fazenda Brasileiro.
- Energia Elétrica: consumida no processo produtivo em todas as etapas de exploração do minério, desde a mina subterrânea até a usina de beneficiamento.

12. Anexa a relação dos materiais autuados com a respectiva utilização e vida útil, doc. nº 06 e requer a realização de perícia para confirmar a sua qualidade de insumos.
13. Assevera que sendo os bens listados insumos, não se admite a cobrança de diferencial de alíquotas, pois a Constituição apenas o prevê para os casos em que o contribuinte adquire bens na qualidade de consumidor final, o que não se dá relativamente aos insumos.
14. Ressalta que sendo o ouro a mercadoria final produzida na Usina, e sendo este elemento um material que não se mistura aos demais, há de se concluir que não se integram fisicamente à mercadoria final quaisquer outros bens utilizados na empresa, o que joga por terra o eventual acatamento da tese do “crédito físico” pela Fazenda.
15. Passa a demonstrar que, se por absurdo, se admita que os referidos bens foram classificados como de uso e consumo, melhor sorte não assiste ao Fisco, seja porque os créditos adquiridos pela Impugnante não podem ter seu aproveitamento obstaculizado ou restringido por lei infraconstitucional, pois o princípio da não – cumulatividade não admite qualquer restrição que não esteja expressamente prevista na Carta Magna.
16. Aduz que não existe previsão na LC 87/96 do fato gerador do adicional de alíquota, o que afasta a sua cobrança e que seria inócua a sua cobrança facea extensão da permissão do aproveitamento de créditos aos bens de uso, consumo e ativo fixo.
17. Aponta que houve excesso de autuação, pois como demonstram os livros fiscais e as planilhas em anexo, a impugnante não chegou a utilizar como crédito fiscal, um total de R\$ 79.538,63 para fins de compensação do imposto.
18. Considera que a LC 87/96 não previu a figura do adicional de alíquota, pois se fez desnecessária diante da extensão da permissão de aproveitamento de créditos aos bens de uso, consumo e ativo fixo, consoante a doutrina de Hugo de Brito Machado, que traz à colação.
19. Aponta a ausência de previsão do fato gerador do adicional, da base de cálculo ou de seus contribuintes pela LC nº 87/96, omissão voluntária do legislador que optou pela exclusão dessa figura.
20. Pede a realização de prova pericial com o fito de comprovar:
 - a efetividade das operações efetuadas entre a impugnante e a CDP – Central Distribuidora de Produtos Ltda, mediante a real entrada das mercadorias no estabelecimento, bem como a inexistência de declaração de inidoneidade da vendedora.
 - A qualidade de insumos dos itens autuados, por serem essenciais à sua atividade.
 - A não utilização de uma parte dos créditos glosados pela fiscalização, não havendo falar em exigência do montante respectivo em dinheiro.
21. Aponta o assistente técnico e formula quesitos a serem respondidos pelo perito, tais como:
 - Pode o Sr. Perito constatar a entrada no estabelecimento da impugnante das mercadorias adquiridas da CDP, entre os meses de janeiro a setembro de 2000? Em caso afirmativo, favor indicar os documentos que comprovam as entradas.
 - Existia declaração de inidoneidade da mencionada empresa no período autuado?
 - Os bens autuados enquadram-se no conceito de insumos, e não no de bens de uso e consumo, como quer a fiscalização? Favor responder à questão em relação a cada um dos itens autuados.
 - É exato afirmar que, dos critérios glosados pela fiscalização, o valor de R\$ 79.538,63 – apesar de escriturado pela Impugnante – não havia sido por ela utilizado para fim de compensação?

Pede a procedência da presente impugnação e o consequente cancelamento do auto de infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 968 a 1.008, nos seguintes termos:

1. Não há que se falar em decadência do direito de constituição do crédito tributário, relativamente ao ICMS reclamado, de referência ao exercício de 1996, já que o contribuinte foi notificado do início da fiscalização em 03/10/2001 e o Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2001.
2. Que o autuado tenta eximir-se da responsabilidade que lhe é imposta no item 2, quando afirma que “a circunstância de a vendedora ter filial na Bahia não proíbe a impugnante de fazer as suas compras junto a outros estabelecimentos da mesma empresa em outros Estados”, mas que a autuação disso não tratou. No caso em análise, quando alguém pretende explorar uma atividade econômica, deverá pesquisar a existência das exigências que o Estado controlador adota para que possa exercer o seu ofício. Desta forma a primeira providência que se deve tomar para o exercício da atividade no Estado da Bahia é o registro na Junta Comercial do Estado da Bahia, e em seguida, na Secretaria da Fazenda, em atendimento ao COTEB, à Lei 7.014/96 e ao RICMS/97.
3. Salienta que as operações autuadas se referem às refeições produzidas pela CDP e destinadas a consumo dos funcionários da empresa compradora, nas instalações da própria Companhia Vale do Rio Doce, nos horários e intervalos destinados a esse fim e foram produzidas nas instalações da Companhia Vale do Rio Doce, situada na Fazenda Brasileiro, zona rural, município de Teofilândia, Estado da Bahia, como decorrência de contrato celebrado entre a compradora e a vendedora com este propósito.
4. Ressalta que verificando os protocolos de regime especial, não encontrou nenhum que envolva a CDP, localizada no Estado de Pernambuco, como autorizada a produzir refeições no território baiano com emissão de nota fiscal de seu estabelecimento localizado em Pernambuco.
5. Analisa o teor da nota fiscal nº 43232, fl. 523, de 01/06/2000, que tem por base o mês de maio/2000, e conclui que fica claro que foi emitida com o fim único de regularizar a operação, já que de fato, não ocorreu o transporte das mercadorias oriundas de Pernambuco e destinadas à Bahia.
6. Argumenta que as notas fiscais relativas a esta infração foram utilizadas com o único propósito de fraudar o fisco baiano, pois de fato, não acobertaram transporte de nenhuma mercadoria, daí a sua inidoneidade.
7. Informa que a CDP teve a sua inscrição cadastral nº 53.086.567-NO processada em 23/05/2000, com endereço na Fazenda Brasileiro s/n, Zona Rural do Município de Teofilândia, Estado da Bahia, portanto nas instalações da Cia Vale do Rio Doce, sendo que ao justificar a não obrigatoriedade de utilizar ECF – Emissor de Cupom Fiscal, informa no processo 214682 de 14/03/2001, que trabalha com fornecimento de refeições preparadas exclusivamente para funcionários da Vale do Rio Doce. Também que esta empresa obteve autorização para confeccionar 05 talões de notas fiscais (PAIDF nº 321814).
8. Sustenta que os documentos de fls. 516 a 530, são inidôneos, pois “embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com intuito comprovado de fraude”, e nada mais acertado do que imputar ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido. Ressalva que não existe nenhuma indicação do transporte das mercadorias, nem carimbo de postos fiscais que comprove a circulação das mercadorias
9. Aduz que a infração está amparada nos dispositivos regulamentares e que as mercadorias foram produzidas e consumidas no Estado da Bahia, não tendo porque pagar-se ao Estado de Pernambuco o ICMS de cujas operações não teve qualquer interferência.
10. Esclarece que não glosou todos os créditos como alegado na defesa, pois os créditos glosados foram tão somente aqueles que não estão diretamente vinculados à atividade explorada, não tendo sido glosados créditos de energia ou telecomunicações, de contador de energia ou aparelho telefônico instalado na Fazenda Brasileiro.

11. Acata o argumento de que foi considerado indevidamente crédito não utilizado no valor de R\$ 79.538,63 já que embora escriturados pelo autuado não foram compensados, e mantém os demais créditos indevidos, na importância de R\$ 1.251.276,04.
12. Quanto à infração 3, relativa à cobrança do diferencial de alíquotas, o Convênio 66/88 previa expressamente a cobrança do ICMS a este título, e a partir de 1997, está previsto na Lei 7.014/96, e nos Regulamentos do ICMS do Estado da Bahia.
13. Menciona o Acórdão CJF nº 1225 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no qual foi referendado a cobrança do diferencial de alíquota, em processo desta mesma empresa, lavrado por este mesmo preposto fiscal, com fundamento nas mesmas infrações diferindo apenas com relação às datas das ocorrências e seus respectivos valores.
14. Menciona que visitou o estabelecimento autuado juntamente com uma equipe formada por quatro auditores fiscais, de formações acadêmicas em ciências contábeis, engenharia química e engenharia de Minas, do que resultou o relatório denominado “INSUMOS NA MINERAÇÃO”, fls. 508 a 513 do PAF, onde está expressa a posição consensual do grupo de fiscais, em relação à classificação de cada um dos itens analisados, seja como insumos e/ou material de uso e consumo.
15. Rebate a afirmação da defendente de que créditos de energia elétrica ou serviços de comunicação foram glosados e alerta que não consta das planilhas que integram este Auto de Infração, um único lançamento que represente glosa de crédito de energia ou serviços de comunicação, vinculado ao endereço onde o autuado desenvolve sua atividade, ou seja, a Fazenda Brasileiro. De fato, as contas de energia elétrica e de serviços de comunicação que tiveram seus créditos glosados são de referência a outros endereços, onde não está localizado o parque industrial do autuado, como as Ruas Euclides da Cunha, Rua das Pedrinhas, Rua da Caixa Dagu, Rua José M. Oliveira, Rua Irará, Rua Lauro de Freitas, Rua Biritinga, nunca a Fazenda Brasileiro. Ressalva que nestes endereços funcionam alguns órgãos vinculados à Cia Vale do Rio Doce, mas que não estão diretamente ligados ao setor de produção do estabelecimento, a exemplo de pré-escolas, clube recreativo, posto policial, casas de hospedagem para empregados e hotel.
16. A propósito da cobrança do diferencial de alíquota, o Estado da Bahia, na falta de Lei Complementar, assumiu a competência que lhe foi outorgada nos termos da Constituição Federal, parágrafo 3º do artigo 24, de modo que não há porque falar-se em ilegitimidade da cobrança desta modalidade de ICMS como entende a defesa.
17. Entende desnecessário o atendimento ao pedido de perícia e mantém o Auto de Infração, excluindo a importância de R\$ 79.538,63, dando ao Auto de Infração o valor de R\$ 3.505.349,15 e seus acréscimos legais.

O presente PAF foi encaminhado à Infaz Serrinha para que o autuado fosse cientificado da informação fiscal, sob o pressuposto de que “a mesma modificou o valor original do PAF”.

O autuado através de seus patronos, manifesta-se às fls. 1.022 a 1.043 do PAF, com as seguintes considerações:

1. Que operou-se a decadência, quer utilizando-se da regra do art. 150, § 4º do CTN, quer nos termos do art. 173 do CTN, vez que a impugnante só foi notificada do lançamento em 01/01/2002 e as exigências fiscais relativas ao exercício de 1996 foram atingidas pela decadência em 1º de janeiro de 2002. Ressalta que não houve dolo, até porque o imposto era devido por seu fornecedor, e de seu pagamento ao Estado de Pernambuco nenhum dos contratantes se beneficiou. Cita a doutrina, na pessoa de Hugo de Brito Machado e decisões do STJ que corroboram com este entendimento, além de decisão da 3ª JF, Acórdão nº 1247/00, mantido na Câmara de julgamento Fiscal, Acórdão 1740/00.

2. Acrescenta que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 146, reserva à lei complementar instituidora de normas gerais a regulamentação exclusiva dos institutos da prescrição e da decadência, com o que se revalida o entendimento da impossibilidade de fixação de prazos decadenciais em matéria de tributos em geral, diferentes daqueles estabelecidos pelo CTN, o que afasta e incidência da legislação do Estado da Bahia.
3. Quanto às notas fiscais emitidas pela CDP –Central Distribuidora de Produtos Ltda, estas não são inidôneas e representam efetivas compras feitas pela impugnante. Aponta que a Fazenda Estadual não procedeu à publicação da inidoneidade do vendedor, o que por si só é suficiente para macular a própria autuação, por falta de supedâneo legal. Afirma que os documentos juntados pela impugnante provam o recolhimento do imposto pela CDP sediada em Recife, bem como a efetividade das operações e a boa fé da impugnante, sendo irrelevante perquerir acerca da situação da filial da vendedora no Estado da Bahia, que sequer participou da transação.
4. Que a solidariedade não se aplica, pois no período de janeiro a maio de 2000, tendo o contribuinte principal condições de arcar com o ônus do imposto, é dele que este deve ser cobrado, pois a solidariedade só se presta aos casos em que a empresa devedora seja insolvente, não possa ser encontrada ou haja sido desconstituída, o que não é o caso dos autos. Também que no período de maio e setembro de 2000 não se pode falar em solidariedade, face ao art. 39 do RICMS/BA.
5. Aponta a legitimidade dos créditos decorrentes da aquisição de energia elétrica diretamente ligados à atividade da impugnante. Diz que a impugnante somente aproveitou-se dos créditos de energia elétrica e telecomunicações consumidos na área operacional, bastando conferir o quadro de “Controle das Contas de Energia Elétrica da CVRD”, que demonstra que somente a energia elétrica das unidades operacionais e das adutoras é contabilizada como insumo (doc. nº 01).
6. Reafirma que no item 3, os materiais são insumos imprescindíveis na sua atividade, uma vez que são utilizados e desgastados nas diversas etapas da exploração do minério (desde sua extração na mina subterrânea até a usina de beneficiamento), e que estes embora não se acoplem ao produto final, integram o seu custo mediante seu desgaste no processo produtivo. Louva o posicionamento adotado pelo estado de Minas Gerais que confere tratamento irretocável à matéria quando aplica-lhe in totum o princípio da não cumulatividade do ICMS. Traz à tona a IN SLT nº 01/1986, que traz o conceito de produto intermediário.
7. Discorre sobre o princípio da não cumulatividade e da impossibilidade de que restrição do direito ao crédito inclusive sobre os materiais destinados a uso e consumo.
8. A final reitera o pedido de procedência de sua impugnação, para que seja desconstituído o débito tributário, e ainda, o pedido de realização de perícia, para que sejam respondidos, além dos formulados na sua defesa, os seguintes quesitos:

1 - “Pela análise da contabilidade da impugnante, pode o Sr. Perito informar se foram aproveitados créditos de energia elétrica relativa a pré-escola, posto policial, clube recreativo, ginásio de esporte, pousada e hotel (enfim atividades que não estejam diretamente relacionadas à atividade explorada pela impugnante?)

2 – As glosas relativas a créditos de energia elétrica incluíram aquela consumida na Fazenda Brasileiro?

3 – O agente fiscal realizou glosas de créditos relativos à energia elétrica consumida nas adutoras e em outras áreas operacionais da impugnante (como, por exemplo, na Rua Irará, na Fazenda Baixa Queimada e nas Fazendas Coqueiro e Araçás, em Biritinga)?

O autuante manifesta-se às fl. 119, e protesta contra a informação de que teria juntado novos documentos na informação fiscal, quando na verdade isto não ocorrera, pois apenas fora

modificado o valor de um item e somente quanto a este fato poderia o autuado manifestar-se no PAF. Reitera suas razões explanadas na informação fiscal, pois a nova peça de defesa não apresenta fato novo que não tenha sido contemplado naquela informação.

Em pauta suplementar, esta 3ª JF deliberou que o presente PAF fosse remetido à ASTEC para que estranho ao feito, tendo em vista os argumentos da defesa, com relação ao item 1, adotasse as seguintes providências:

1. Verificasse e descrevesse a relação que envolve o fornecedor de alimentos () e o autuado, esclarecendo se o autuado possui restaurante ou local apropriado para o preparo das refeições, quem compra os insumos, quem fornece a mão de obra para seu preparo, enfim, de que forma se operacionaliza o fornecimento das refeições.
2. Solicitar e juntar ao PAF o contrato entre a compradora (o autuado) e o vendedor das refeições (o fornecedor).
3. Verificar como está sendo efetuado o registro dessas operações nos livros do autuado, com atenção para uma possível utilização de crédito fiscal.

Diligente da ASTEC emite o Parecer 180/2002, fls. 1.123 a 1.124, com o seguinte teor:

“1. Conforme consta do contrato firmado entre a Cia Vale do Rio Doce (compradora) e a CDP – Central Distribuidora de Alimentos Ltda, (vendedora), o objetivo é a prestação, pela Contratada, dos fornecimentos e distribuição de refeições, lanches, desjejum e limpeza do restaurante.

O autuado possui restaurante industrial, situado na Unidade Operacional de Fazenda Brasileiro, município de Teofilândia, sede da empresa.

Os insumos são adquiridos pelo fornecedor das refeições, bem como a mão de obra é de responsabilidade do fornecedor.

O fornecimento das refeições aos funcionários da compradora, é efetuado segundo critérios estabelecidos pelo contratante e pela contratada, abrangendo desjejum, lanches e refeições.

2. Anexo cópia do contrato firmado entre a Companhia Vale do Rio Doce (autuado) e a CDP – Central Distribuidora de Alimentos Ltda (fornecedora), fls. 1.127 a 1.145.

3. Verificado o lançamento das notas fiscais constantes às fls. 507 e 516 a 530 no Livro de Entradas de Mercadorias, tendo constatado que os valores foram lançados apenas no campo Valor Contábil, não utilizando-se o autuado dos créditos fiscais, conforme fls. 1146 a 1156. Anexas.”

O autuado ciente do resultado da diligência, manifesta-se no PAF, fls. 1.164 a 1.166, reiterando as razões de sua defesa para extinguir-se o crédito tributário em discussão.

VOTO

Inicialmente passo a examinar as preliminares de nulidade argüidas na peça de defesa:

1. O contribuinte alega que as exigências relativas ao exercício de 1996 já foram atingidas pela decadência, quer considerando-se o art. 150 § 4º, do CTN, quer considerando-se o art. 171, I do CTN, vez que o lançamento data de janeiro de 2002.

Não concordo, data vênua, com a interpretação do contribuinte, pois o citado § 4º do art. 150, do CTN (Lei nº 5.172/66), dispõe:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Deste modo, o parágrafo 4º do diploma acima, excepciona a hipótese nele prevista, quando a lei fixa prazo à homologação, e o Código Tributário do Estado da Bahia, COTEB, no art 28, §1º, disciplinou o assunto, repetido pelo Decreto nº 6.284/97 (RICMS), que estabelece em seu artigo 965:

Art. 965. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Portanto, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, teria até o dia 31/12/2001, para constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 1996, e o Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2001, dentro do prazo legal para a homologação do lançamento.

2. Quanto à exigência do pagamento do imposto incidente sobre as aquisições de mercadorias para o uso e consumo, provenientes de outros Estados da Federação, a Constituição Federal vigente no art. 155, § 2º, inciso VII, alíneas “a”, “b” e inciso VIII prevêem:

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;*

VIII - na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Embora a LC 87/96 silencie a respeito da questão do diferencial de alíquota nas operações interestaduais, que destinem bens para uso, consumo ou ativo fixo, a consumidor final que seja contribuinte de ICMS, a legislação estadual busca fundamento de validade diretamente na Constituição, posto que estes dispositivos constitucionais não necessitam de intermediação de nenhuma lei complementar para produzirem efeitos. São normas constitucionais de eficácia plena, comandos imperativos, que têm observância imediata e obrigatória.

Assim, a Lei 7.014/96 no art 17, § 9º. II, 1, trata da cobrança do diferencial de alíquotas, repetida pelo Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

3. Quanto ao pedido de perícia, esta 3ª JJF, deliberou que fosse realizada diligência para esclarecer os fatos relativos à infração 1, e com relação aos demais itens deste Auto de Infração, os elementos constantes do PAF foram suficientes para a formação do convencimento desta julgadora, haja vista a quantidade e a clareza dos demonstrativos anexados pelos autuantes, fls. 18 a 513, dos quais o contribuinte teve acesso.

Assim, como o Auto de Infração está perfeito e acabado, tendo sido lavrado com obediência às formalidades legais, previstas nos arts. 38, 39, incisos e parágrafos do RPAF/99, estando portanto apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, adentro à apreciação do mérito, como segue.

No item 1, a acusação fiscal é de que o contribuinte “adquiriu com notas fiscais inidôneas, refeições produzidas no restaurante situado na sede de seu estabelecimento, situado na Fazenda Brasileiro, Zona Rural do município de Teofilândia, Estado da Bahia. A inidoneidade se caracterizou com o recebimento de mercadorias produzidas na sede do estabelecimento autuado, mas acobertadas com notas fiscais emitidas pela empresa CDP Central Distribuidora de Produtos Ltda, situada no Estado de Pernambuco, inscrição estadual 18.1.001.0160629-3 e CGC 35.310.093./0001-35.”

A defesa cinge-se a afirmar que as notas fiscais emitidas pela CDP – Central Distribuidora de Produtos Ltda não são inidôneas, mas representativas de compras feitas pela impugnante, seguidas da real entrada de mercadorias no seu estabelecimento e que o vendedor encontrava-se e ainda se encontra regularmente inscrito no cadastro da SEFAZ de Pernambuco. Também que o ICMS foi pago ao Estado de Pernambuco e que o autuado pode fazer suas compras onde lhe convier. Ademais, argumenta que a solidariedade não se aplica, pois tendo o contribuinte principal condições de arcar com o ônus do imposto, é dele que este deve ser cobrado, e que a solidariedade só se aplicaria em caso de insolvência, desconstituição da empresa ou sua não localização.

Esta 3ª JJF deliberou que o PAF fosse remetido à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito esclarecesse pontos que estavam obscuros na relação contratual entre o fornecedor de alimentos e o autuado, fazendo inclusive a juntada do Contrato existente entre eles, bem como que fosse analisado o registro das operações nos livros do impugnante para a verificação dos créditos fiscais..

Em resposta, o diligente informou que (fls.1.123 a 1.124):

“1. Conforme consta do contrato firmado entre a Cia Vale do Rio Doce (compradora) e a CDP – Central Distribuidora de Alimentos Ltda, (vendedora), o objetivo é a prestação, pela Contratada, dos fornecimentos e distribuição de refeições, lanches, desjejum e limpeza do restaurante.

O autuado possui restaurante industrial, situado na Unidade Operacional de Fazenda Brasileiro, município de Teofilândia, sede da empresa.

Os insumos são adquiridos pelo fornecedor das refeições, bem como a mão de obra é de responsabilidade do fornecedor.

O fornecimento das refeições aos funcionários da compradora, é efetuado segundo critérios estabelecidos pelo contratante e pela contratada, abrangendo desjejum, lanches e refeições.

Esclarecidas estas questões posiciono-me da seguinte forma:

Constato que as refeições foram efetivamente produzidas no restaurante situado na sede da Fazenda Brasileiro, no município de Teofilândia, no Estado da Bahia. Neste ponto não há discordância do autuado, que possui restaurante industrial na sede da empresa. Do Contrato anexado aos autos, fls.1.128 a 1.146 e da verificação do diligente, conclui-se que os insumos são adquiridos pelo fornecedor das refeições, no caso a CDP (vendedora) que também fornece a mão de obra, da qual é contratualmente responsável, pelos encargos trabalhistas e fiscais (cláusula 4ª do Contrato, fl.1129).

Verifico que as notas fiscais emitidas pelo vendedor, do ponto de vista formal, estão perfeitas e acabadas, com o destaque do imposto, como se depreende da sua leitura, de fls. 516 a 530. Mas, não basta apenas este requisito para que os documentos sejam considerados idôneos, é preciso que estes se refiram à operações que efetivamente ocorreram, (na realidade), de acordo com o transcrito em seus termos. No presente caso, as refeições foram produzidas no restaurante industrial da empresa e os insumos também foram adquiridos no Estado da Bahia. Ou seja, toda a operação de fornecimento de refeições foi realizada dentro do território baiano e pelo princípio da territorialidade, é devido o imposto ao Estado da Bahia, local onde ocorreu o fato gerador do ICMS, ou seja, o fornecimento das refeições aos empregados do estabelecimento autuado.

Não há nos autos, prova de que estas refeições teriam vindo do Estado de Pernambuco, prontas e acabadas para serem consumidas no local do fornecimento das refeições (sede da empresa). Nem mesmo este é o ponto de controvérsia, desde quando o próprio autuado reconhece o fornecimento e o preparo das refeições na sede da empresa, localizada na Bahia. O RICMS/97, no art. 209, incisos IV e V considera inidôneo, fazendo prova em favor do fisco, o documento fiscal que contiver declaração inexata, ou não se referir a uma efetiva operação ou prestação. Este dispositivo regulamentar deve ser invocado no presente caso, pois as notas fiscais em questão se referem a operações que não correspondem à realidade.

Ademais, o fornecedor até a data de maio de 2000, não possuía inscrição cadastral no Estado da Bahia, nem gozava de Regime Especial para o fornecimento de refeições neste Estado, o que implica que sua situação cadastral era irregular. Nesta situação, de acordo com o art. 343, XVIII do RICMS/97, o ICMS deveria ter sido pago pelo autuado (adquirente) na entrada das refeições em seu estabelecimento, ao Estado da Bahia, à alíquota interna.

Ademais, as notas fiscais que acobertaram as operações não acobertaram o transporte de nenhuma mercadoria, desde quando os insumos necessários à preparação dos alimentos foram adquiridos e manuseados no estabelecimento localizado em território baiano.

Deste modo, assiste razão ao autuante e deve ser mantida a exigência fiscal, para que o Estado da Bahia obtenha a receita tributária que lhe é devida, pelo fornecimento de refeições em seu território.

No item 2, a empresa está sendo acusada de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 1996 a dezembro de 2000.

Os materiais objeto deste item estão discriminados às fls.18 a 506, na “Auditoria de Créditos e de Complementação de Alíquota”, e são dentre outros, calha, mangueira, chave, adaptador, disjuntor, lâmpadas, bico, tubo, rotula, manta, parafusos, disco lixadeira, buzina, disco de freio, bucha, correias, e são produtos empregados na limpeza, conservação ou lubrificação de equipamentos ou são ferramentas que embora utilizados no processo produtivo não integram o produto final, e nem se desgastam em cada processo produtivo, não podendo serem considerados produtos intermediários.

As boas de aço ou bolas de moinho, empregadas no processo de moagem e britagem, onde são chocadas contra os blocos de minério, para reduzi-los a partículas, são peças de reposição do ativo imobilizado e não têm direito à crédito fiscal.

Ressalto que consoante a informação dos autuantes e da verificação das planilhas de fls. 18 a 506, não foram glosados créditos de energia ou de comunicação, da Fazenda Brasileiro. Também registro que os autuante elaboraram a planilha “Insumos Utilizados na Mineração”, fls. 508 a 513, após a visita ao estabelecimento de 04 auditores fiscais, de formações acadêmicas em ciências contábeis, engenharia química, e engenharia de Minas, onde está expressa a classificação de cada um dos itens analisados, seja como insumos e/ou material de uso e consumo, sendo que somente estes últimos foram objeto de cobrança.

Este CONSEF tem, reiteradamente, se manifestado no sentido de que, se os produtos não são diretamente aplicados ao processo produtivo, não integram o produto e seu consumo/utilização não guarda relação direta com o produto final, não são produtos intermediários, mas, sim produtos de uso e consumo.

O autuante acatou na informação fiscal, o argumento de que o valor de R\$ 79.538,63 deve ser abatido da cobrança deste item, já que embora escriturados pelo autuado, não serviram para deduzir eventuais valores de débito fiscal. Deste modo entendo que a exigência fiscal é parcialmente legítima, no montante de R\$ 1.251.276,04.

Quanto ao item 3, que tem relação direta com o item anterior, é devido o ICMS 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.

Trata-se das mesmas mercadorias que foram objeto da Auditoria fiscal de fls. 18 a 506, e efetivamente são produtos para uso e consumo do estabelecimento autuado. Constatado que a exigência fiscal está correta.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0016/01-9**, lavrado contra **COMPANHIA VALE DO RIO DOCE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 3.505.349,15**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 91.629,89 e 60% sobre R\$ 3.413.719,26, previstas no art. 61, VII, “a”, II, “d”, da Lei 4.825/89 e art. 42, IV, “a”, VII, “a”, II, “f”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

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 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR