

A. I. Nº - 206847.0005/02-5
AUTUADO - FICAP S/A
AUTUANTE - FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 02. 12. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0412-04/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO. Infração comprovada. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/07/02, exige o pagamento de ICMS no valor de R\$131.673,41, mais multas de 60%, relativamente às seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal relativamente a aquisições para uso ou consumo – R\$7.018,21;
2. Falta de recolhimento do imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus empregados – R\$101.891,70, e
3. Utilização indevida de crédito fiscal, relativamente a aquisições para uso ou consumo, lançados extemporaneamente – R\$22.763,50.

O autuado, em 15/08/02, protocolou impugnação ao lançamento (fl. 196) contestando o mérito das infrações 1 e 3, negando o creditamento indevido, alegando que as mercadorias adquiridas, que originaram os respectivos créditos fiscais glosados pelo autuante, são produtos intermediários, porque são consumidos no seu processo de industrialização. Alega que o direito aos referidos créditos fiscais é garantido pelo princípio constitucional da não cumulatividade, invocando os artigos 155, I, “b”, e § 2º, I, da Constituição Federal e 114 do RICMS/97. Alega também que se caracterizam como produtos intermediários “aqueles que além de não integrarem o ativo fixo ou se destinarem ao consumo do estabelecimento, se consomem no processo industrial do contribuinte, **SEM INTEGRAR O PRODUTO FINAL**, pois caso o integrasse, tratar-se-ia de matéria prima, e não de produto intermediário”. Salienta que o próprio STF reconheceu que “desgastar” e “consumir” têm a mesma definição e que os produtos adquiridos e que motivaram a glosa dos créditos fiscais são consumidos no processo de industrialização, na condição de elemento indispensável à sua própria existência como produto industrializado ou à sua composição, para alegar que o autuante não se aprofundou na destinação específica de cada item, razão de não encontrar a justificativa para o validar o creditamento. Destaca o conceito de produto intermediário contido no Parecer Normativo 01/81, da Procuradoria Fiscal da SEFAZ, transcrevendo parte do mesmo, para ratificar o seu entendimento de direito aos créditos fiscais porque as mercadorias “foram destinadas ao uso no processo de industrialização, onde se consumiram integralmente em curtos períodos”. Identifica a utilização de cada um dos produtos, conforme:

Bico de descarga: utilizado no alto forno de fusão, para vazamento do alumínio em processo de fundição, se desgastando em curto espaço de tempo, devido ao contato direto com o mesmo, em alta temperatura.

Spartan EP 320: utilizado na lubrificação dos “stands” do laminador, que tem por função conformar a barra de alumínio.

Tubo de titânio: utilizado na confecção do bico de descarga.

Em 19/08/02, o autuado protocola outra impugnação ao lançamento (fl. 163) contestando o mérito da infração 2, sob os seguintes argumentos: a) que em 01/06/96 celebrou contrato com a empresa TICKET SERVIÇOS S/A – DIVISÃO GR RESTAURANTES DE COLETIVIDADES, sucedida pela GR S/A; b) que a contratada, atuando há 25 anos no segmento de fornecimento de refeições, possuía regime especial há 16 anos, para emissão e escrituração de livros e documentos fiscais, e apuração do ICMS, citando os números dos processos e pareceres que deferiram o citado regime e o convalidaram; c) que uma das questões básicas e essenciais do referido regime especial consiste na transferência da responsabilidade pelo recolhimento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições para a contratada; d) que em consequência da transferência da responsabilidade tributária torna-se inaplicável a sistemática de diferimento estabelecida no artigo 343, XVIII, do RICMS; e) que a contratada vem cumprindo regularmente com a responsabilidade que lhe foi transferida; f) que pretender haver as importâncias do ICMS através do presente lançamento implica em um verdadeiro *bis in idem* ou seja, uma dupla tributação do mesmo fato gerador e g) que o regime especial concedido à contratada vem sendo sucessivamente prorrogado desde 1984, conforme atos administrativo que enumera. Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo, insubsistente, e improcedente.

O autuante presta informação fiscal (fl. 215) esclarecendo em relação às infrações:

Infrações 1 e 3: Que retornou ao estabelecimento do autuado para obter informações sobre o óleo aplicado no produto e o usado na lubrificação da máquina, tendo na oportunidade fotografado algumas máquinas pertencentes ao seu ativo imobilizado, que junta ao processo (fls. 220/222). Assevera que observou que o alumínio sai do forno em estado líquido e passa pelo bico de descarga com o tubo de titânio (partes e peças de uma máquina chamada roda da properzi) e, na parte inferior dessa máquina, sofre processo de resfriamento para ser transformado em barra. Afirma que, tratando-se de partes que exigem reposição, por substituição, são considerados materiais de uso e consumo. Relativamente ao óleo spartan explica que é usado e consumido dentro da máquina laminadora, para lubrificar as suas engrenagens, conforme declaração do gerente da fábrica, que juntou ao processo (fl. 223).

Infração 2: Que a fornecedora de alimentação possui regime especial apenas para centralizar a escrituração fiscal e não para o recolhimento do imposto, e que o citado regime não alterou a sujeição passiva.

Intimado a ter vista da informação fiscal o autuado se manifesta (fl. 229) repetindo os mesmos argumentos das defesas inicialmente apresentadas e acrescentando, relativamente ao óleo spartan, que a finalidade do mesmo é ser consumido na linha central de produção, para reduzir o atrito dos mecanismos físicos da máquina em que é aplicado, que aciona mecanismo de fundamental importância no processo de laminação, perdendo totalmente a sua viscosidade num curto espaço de tempo, exigindo a sua recomposição periódica.

VOTO VENCIDO

O autuado apresentou duas defesas. Uma contestando as infrações 1 e 3 e outra, a infração 2, ambas dentro do trintídio legal que a lei lhe confere para que impugne o lançamento. Por tal motivo, e para não cercear o direito de defesa, além de me amparar no princípio da informalidade, aplicável ao Processo Administrativo Fiscal, acato as duas, embora contrariando o disposto no artigo 123, § 1º, do RPAF/99.

As infrações 1 e 3, por se referirem ao mesmo assunto, foram impugnadas conjuntamente pelo autuado e assim tiveram apreciadas as alegações defensivas pelo autuante. Dessa forma também procederei.

Acerca das infrações, assim entendo:

Infrações 1 e 3: Além dos produtos bico de descarga e tubo de titânio, também foram glosados na infração 1, créditos fiscais relativos às aquisições de “Nedelona Renner” e de “Refrig. de Água”, conforme demonstrativo à folha 10, que não foram objeto de contestação pelo autuado. Por isso os seguintes valores exigidos, relativos aos meses correspondentes, desde já são considerados devidos: 04/98 –R\$ 655,77 e 05/98 – R\$179,20. Na infração 3, o autuante verificou todos os créditos extemporâneos lançados pelo autuado em 12/99, conforme demonstrativo (fl. 127), referentes aos períodos de 01/95 a 05/99, somente glosando aqueles relativos aos três itens objeto da contestação (bico de descarga, Spartan EP 320 e tubo de titânio) conforme demonstrativo (fl 122).

Quanto a esses produtos, o meu entendimento sobre a possibilidade de utilização dos créditos fiscais correspondentes é o seguinte:

Os equipamentos utilizados no processo de produção da empresa, segundo reconhecido pelo próprio autuante, necessitam dos bicos de descarga e dos tubos de titânio para formatar o alumínio, numa temperatura de 900°C. Esses utensílios se consomem rapidamente e, não é preciso conhecer profundamente de um processo industrial para entender que, exposto a tal temperatura, não poderiam mesmo durar muito. Além de serem consumidos no processo de industrialização, sem os mesmos o equipamento não conseguiria formatar o produto, o que caracteriza a sua imprescindibilidade. Por isso, ao teor do artigo 93, §1º, I, b, do RICMS/97, o direito ao crédito fiscal está garantido ao contribuinte, salvo disposição ao contrário, disposição esta que desconheço.

Quanto ao óleo Spartan EP 320, serve para lubrificar a máquina que conforma o produto. Sem ele a máquina não funciona pois, sem lubrificação, suas engrenagens “trancariam”. É o mesmo que o motor de um veículo: sem óleo, “bate”. Imagino o veículo em funcionamento e o comparo com a máquina que está sendo objeto da análise. Ambos necessitam, para poder funcionar, além do óleo, de combustível. O combustível do veículo, se utilizado na atividade fim, propiciaria ao contribuinte, junto com o óleo, direito ao crédito fiscal. Quanto à máquina, o seu combustível é a energia elétrica e, em relação a este, o direito ao crédito fiscal está garantido, apesar das limitações impostas pela Lei Complementar 102/00. Invocando a isonomia de tratamento, somente posso entender que o crédito fiscal em discussão é legítimo, e não tem a sua vedação prevista no artigo 97 do RICMS/97.

Pelo exposto entendo que a infração 1 procede quanto aos valores não contestados, 04/98 –R\$ 655,77 e 05/98 – R\$179,20, totalizando R\$ 834,97, e a infração 3 não subsiste.

Infração 2 – Os demonstrativos e documentos que respaldam a acusação estão anexados às folhas 29 a 97. As alegações defensivas não têm procedência. O artigo 343, XVIII, do RICMS/97

escolheu como sujeito passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável, o adquirente das refeições. O Regime Especial conferido ao fornecedor permitiu que o recolhimento do imposto fosse feito pelo mesmo, ressaltando explicitamente que tal concessão não desoneraria o adquirente da responsabilidade tributária. Aliás, o próprio autuado já tinha conhecimento da sua condição de sujeito passivo nas operações em lide, porque obteve resposta neste sentido à consulta que formulou a Administração Tributária, da qual anexou cópia da resposta aos autos (fl. 167). Se o fornecedor procedeu corretamente ao recolhimento do imposto devido, caberia ao autuado ter apresentado ao preposto fiscal, no desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização, tal comprovação. Não o fazendo, poderia trazê-la aos autos, o que não fez. Portanto, está correta a exigência fiscal, já que não comprovado o recolhimento do imposto.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, para exigir imposto no valor de R\$102.726,67, sendo R\$ 834,97 relativo a infração 1 e R\$101.891,70 relativo a infração 2.

VOTO VENCEDOR

Data vênia, peço permissão para discordar do voto do Sr. Relator em relação apenas às infrações 1 e 3. É entendimento reinante neste CONSEF que o crédito fiscal relativamente a materiais utilizados no processo fabril somente pode ser admitido se os materiais integrarem o produto, na condição de indispensável ou necessário, ou se forem consumidos no mesmo processo. Já vimos que os materiais sob análise não integram o produto, impedindo o direito à utilização dos respectivos créditos fiscais.

Também entendo que os mesmos não são consumidos no processo de industrialização. Para tal, necessitaria que fosse possível a identificação do desgaste dos mesmos em cada ciclo de produção, o que não se apresenta neste caso. O autuado diz apenas que os produtos se consomem rapidamente, fato confirmado pelo autuante. Todavia, rapidamente não é um espaço de tempo relacionado com ciclo de produção, não permitindo a identificação quantitativa a cada ciclo do processo.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA do lançamento, em sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206847.0005/02-5**, lavrado contra **FICAP S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da imposto no valor de **R\$131.673,41**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, “f” e VII “a”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2002

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR/VOTO VENCEDOR