

PROCESSO	- A.I. Nº 271330.0010/01-7
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL/POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
RECORRIDOS	- POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A/FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0186-02/02
ORIGEM	- INFAS SIMÕES FILHO
DOE	- 10.04.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0030-12/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL RELATIVO ÀS ENRADAS 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 encontrar-se ou não sub judice, como medida preventiva, é devido ao Fisco efetuar o lançamento, sob pena da decadência do direito de fazê-lo. Não acolhida a preliminar de nulidade arguída pelo sujeito passivo. Decisão mantida. **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. Decisão mantida. 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. Decisão mantida. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE CONTROLE DA PRODUÇÃO E DO ESTOQUE. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração descaracterizada. Decisão modificada. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o Voto do Relator em relação aos itens 2 e 3 da autuação. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/12/01, reclama ICMS, mais multa formal no valor total de R\$227.976,76, relativo às seguintes infrações:

1 – “Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de matéria - prima, material secundário, material de embalagem, etc..., 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”.

2 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento assim entendidos os que não têm afetação ao produto principal ou que não são consumidos a cabo de processo produtivo, apenas se desgastando ao longo do tempo, e os fretes relacionados às aquisições”.

3 – “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento”.

4 – “Deixou de escriturar o Livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque”.

Inconformada com a decisão contida no Acórdão 0186-02/02, da 2ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, após reduzir o débito relativo aos itens 2 e 3, a Empresa entra com Recurso Voluntário onde, preliminarmente, argui a nulidade do item 1 do Auto de Infração pois está o Fisco exigindo imposto, sem que a Lei o tenha estabelecido, vez que o crédito tributário amparado pelos Convênios ICMS 01/90, 02/90 e 06/90, não podem ser cobrados por estarem os Convênios com 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. Se tais Convênios não estão vigentes pois estão desprovidos da capacidade de propagar efeitos, ou seja de eficácia jurídica, não pode a exigência prosperar pois o Convênio 65/88 está vigorando estando, portanto, totalmente e legalmente amparada.

Quanto ao mérito, reporta-se apenas aos itens 2, 3 e 4, onde diz que:

1 – O crédito tributário que remanesce da infração 2 é inexistente pois os insumos constantes dos anexos do Auto de Infração são utilizados no seu processo produtivo. Os produtos químicos empregados no tratamento de água e na refrigeração de equipamentos não são materiais de consumo e sim insumos empregados na atividade industrial. A água de refrigeração, composta de diversos produtos, é indispensável ao processo produtivo. Do mesmo modo as fitas adesivas, utilizadas no cintamento dos pallets e o óleo Lubrificante , substituto do Polibuteno.

2 – Quanto ao item 3, se as mercadorias do item 2 são utilizados no processo produtivo, não há que se falar em diferencial de alíquotas.

3 – A infração 4 é Improcedente pois o Livro ali citado foi reconhecido pelo próprio autuante, que reclamou apenas a falta de comunicação ao fisco. Aí ocorre o impasse: ao autuar a Empresa o autuante queixa-se da falta de escrituração do Livro e quando a Empresa comprova que mantém escrituração alternativa, permitida em Lei, o autuante passa a cobrar a comunicação de utilização desse controle facultativo. Esse sistema auxiliar está previsto no artigo 326 do RICMS e por isso a autuação é Improcedente.

Ao final a Empresa pede seja o Auto de Infração julgado Nulo ou Improcedente.

A PROFAZ, em Parecer de fls. 104/106, após análise, opina pelo Improvimento do Recurso, tendo em vista que a Liminar não suspende a constituição do crédito tributário e que os produtos

objeto do Recurso são de uso e consumo, não dando direito à utilização de crédito fiscal. Além disso, a utilização do que facilita o artigo 326, relativamente à infração 4, depende de determinados requisitos aos quais deve a Empresa se submeter, o que não ficou comprovado nos autos.

Em 09/10/2002, na assentada de julgamento, o Conselheiro Ciro Roberto Seifert sugeriu que fosse efetuada diligência, que foi acatada pela Câmara, no sentido de que se verificasse qual a real aplicação do produto “lubrificante de compressor” e a ASTEC, em trabalho de fls. 112/120, informa que a função principal do óleo é a de lubrificar internamente os cilindros dos compressores, entrando em contato com o eteno, principal matéria - prima da Empresa, dando-se o que se chama de reação de polimerização, onde parte do óleo se incorpora ao produto final denominado de polietileno, sendo que a parte do óleo que não é objeto da reação, ou, por qualquer motivo não se integra ao produto final, segue para um segundo processo que é denominado de separação, onde é drenado para um tanque e passa a se caracterizar como um sub produto, que será posteriormente vendido.

Intimadas a tomar ciência da diligência as partes não se manifestaram.

A PROFAZ, em seu Parecer, opina pelo Provimento Parcial do Recurso, diante da evidência trazida pela diligência de que o óleo é um produto intermediário para a Empresa.

VOTO

Inicialmente temos que analisar o Recurso de Ofício apresentado pela Junta, que motivou o pedido de diligência feito pelo Conselheiro Ciro Roberto Seifert. Da análise do quanto contido no voto do Relator da Junta verifica-se que o mesmo acatou a tese de defesa, de forma parcial, dando direito ao crédito sobre o óleo de compressor por entender que o mesmo era produto indispensável ao processo produtivo da Empresa. A diligência solicitada confirmou o entendimento da Junta pois restou comprovado pelo revisor que tal produto é realmente indispensável ao processo produtivo da Empresa pois além de incorporar-se parcialmente ao produto final por ela fabricado, o polietileno, é vendido como subproduto quando essa incorporação deixa de acontecer. Não tenho dúvidas de que o óleo de compressor é produto intermediário e por isso voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado para que seja mantida a Decisão Recorrida no que diz respeito ao produto óleo de compressor.

Quanto ao Recurso Voluntário apresentado a Empresa invoca, preliminarmente, a nulidade do item 1 do Auto de Infração, pois estaria amparada por liminar em Mandado de Segurança concedida ao Governador do Estado do Amazonas, na ADIN Nº 310 – 1 – DF, que suspendeu, no seu entender, a eficácia dos Convênios 01/90, 02/90 e 06/90. Ocorre que o que está suspensa, como afirmado pela PROFAZ, é a exigibilidade do crédito tributário e não a sua constituição. O Auto de Infração pode ser lavrado e caso seja julgado Procedente, só poderá ser exigido após a definição da lide judicial referente à Liminar concedida, no caso, ao Estado do Amazonas e invocada pela Empresa, a seu favor, tendo em vista que os produtos em tela foram exportados para aquele Estado. Pelo exposto, entendo que a nulidade suscitada não prospera.

Quanto aos itens 2 e 3, entendo que a Empresa tem direito ao crédito referente aos produtos elencados no Auto de Infração, além dos que já foram considerados pela Junta, pois todos eles interferem no processo produtivo da mesma, sendo, por isso, intermediários além disso, as fitas

adesivas são, a meu ver, material de embalagem tendo, por isso, direito ao crédito do imposto sobre ela incidente. Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso quanto aos itens 2 e 3, pois os mesmos são IMPROCEDENTES.

Quanto ao item 4, após verificar o conteúdo da informação fiscal, de fl. 64, do processo, entendo que o mesmo é IMPROCEDENTE pois o autuante afirma que a Empresa “operou a substituição sem efetivar a comunicação desobedecendo a obrigação instrumental, ficando passível, desta forma, à penalidade fixa cominada”. Ora, o Auto de Infração foi lavrado por falta de escrituração do Livro e não por descumprimento de obrigação de informar a substituição do mesmo. Está comprovado com isso, que a Empresa escriturou o Livro. Voto pelo PROVIMENTO do Recurso quanto ao item 4.

Diante de todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para que se reforme a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, prevalecendo apenas o item 1 do mesmo.

VOTO VENCEDOR QUANTO AOS ITENS 2 e 3

“*Data venia*” o voto do ilustre Relator, divirjo do mesmo quanto ao afastamento “*in totum*” das exigências fiscais imputadas ao sujeito passivo e descritas nos itens 2 e 3 da autuação, visto que os produtos arrolados nos autos de fato, à exceção daqueles já excluídos pela Primeira Instância, não se subsumem na definição de insumos ou produtos intermediários a possibilitar direito ao gozo de créditos fiscais, sendo, assim, devido o correlato pagamento da diferenças de alíquota nas suas aquisições interestaduais.

Razão assiste ao Relator da Junta de Julgamento Fiscal ao consignar que os produtos utilizados para tratamento de água de refrigeração e tratamento de efluentes não se constituem em produtos intermediários e nem tampouco insumos a possibilitarem fruição de crédito fiscal. Aliás, os produtos utilizado no tratamentos de efluentes nada tem a ver com o produto final da empresa, e embora saibamos da sua importância em termos ecológicos e de saúde pública, e das normas rígidas que cercam os dejetos fabris, tal fato por si só não os transforma em produtos intermediários a possibilitar crédito fiscal,

Em verdade, a simples leitura da afetação de cada material arrolado no PAF no processo produtivo da empresa, e que está fartamente demonstrado nos autos, leva-nos à entender corretas as exigências fiscais.

De fato, o Parecer Normativo 01/81 baliza a questão ao definir como produtos intermediários aqueles bens que se inutilizam no processo de industrialização, exigindo sua renovação ao cabo de cada participação no processo produtivo, embora não se integrem ao produto final, exceto seus resíduos, de forma indesejada. Assim, para que seja definido como tal é necessário sua inutilização no processo, mas esta inutilização deve ser a cada etapa do processo produtivo.

Por outro lado, os demais materiais e produtos arrolados – graxa, solvente, soda cáustica, aditivo de água, fita adesiva - também não podem ser considerados insumos ou produtos intermediários, mas sim materiais de uso e consumo, que sequer estão afetos diretamente ao produto final, embora utilizados em algumas etapas de produção. Quanto à fita adesiva, segundo o recorrente utilizado para cintamento de palletes, tal fato não a torna em absoluto material de embalagem

apenas porque segue com o produto final da empresa. material de embalagem é o pallet, o vasilhame, o invólucro onde é acondicionado o produto, e não uma fita utilizada para prender extremidades, que é mero material de uso e consumo.

Do exposto, somos pela manutenção das exigências fiscais constantes dos itens 2 e 3 do Auto de infração, dando-se PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário apenas quanto ao item 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime NÃO PROVER os itens 1, 2 e 3 e PROVER o item 4 do Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 271330.0010/01-7, lavrado contra **POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$181.839,32**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61,II, “d” da Lei nº 4.825/89, alterada pela Lei nº 6.934/96 e VIII, “a” e “b” da retrocitada lei, e no art. 42, VII “a”, “b”, e II “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES QUANTO AOS ITENS 2 e:3 - Conselheiros (as) Sandra Urânia Silva Andrade, Carlos Fábio Cabral e Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS - Conselheiros (as) José Raimundo Ferreira dos Santos, José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2003.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA/VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPRES. DA PROFAZ