

PROCESSO - A.I. Nº 206847.0005/02-5
RECORRENTE - FICAP S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº0412-04/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-11/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo. Infração comprovada. Mantida a Decisão Recorrida. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. A responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do adquirente de refeições, posto que a legislação tributária em vigor diferiu o lançamento do imposto para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento adquirente. Infração comprovada. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do RPAF/99, apresentado tempestivamente pelo sujeito passivo, em face da Decisão de 1ª Instância que considerou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado.

O lançamento em questão apontou a ocorrência das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal relativamente a aquisições para uso ou consumo – do estabelecimento no período de maio a novembro de 1998 no valor de R\$7.018,21;
2. Falta de recolhimento do imposto diferido nas entradas de refeições para o consumo de seus empregados, relativo aos meses de janeiro de 1997 a dezembro de 1998, perfazendo o montante de R\$101.891,70;
3. Utilização indevida de crédito fiscal, referente aquisições de material para uso ou consumo, do estabelecimento, cujo valor foi lançado extemporaneamente no livro Registro de Apuração do ICMS no mês de dezembro de 1998 – R\$22.763,50.

No julgamento da 1ª Instância o relator do voto vencido assim se manifestou:

“ 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 poluto. 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.”

Mas, o voto que prevaleceu considerou totalmente Procedente o Auto de Infração, fundamentado o seu *decisum* nos seguintes termos:

“*Data venia*, 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”.

Nas razões apresentadas no Recurso Voluntário (fls. 258 a 272), o autuado pugna pelo cancelamento do Auto de Infração e diz que o mesmo não procede, alegando relativo aos itens 1 e 3, que seriam os materiais produtos intermediários, sob o argumento de que os mesmos são consumidos no processo de industrialização, e por isso entende estar respaldado o crédito fiscal dos materiais.

Comenta o voto vencido e transcreve trechos do mesmo. Busca amparo legal para o crédito glosado, invocando o art. 155 § 2º inciso I da Constituição Federal, e diz que estaria sob o manto do Princípio da Não Cumulatividade do ICMS, e o art. 114 do RICMS/BA que consagra o aludido princípio.

Emite conceito de produto intermediário, e acrescenta que o STF já admitiu que as expressões “desgastar” e “consumir”, teriam a mesma finalidade no processo de industrialização. Transcreve ementa do Recurso Especial julgado em São Paulo, e transcreve ainda o Parecer Normativo nº 1 da Procuradoria Fiscal, da lavra do Dr. Johnson Nogueira. Prossegue os argumentos requerendo que sejam amparados os referidos créditos fiscais e descreve a utilização dos materiais na industrialização.

Quanto ao item 2, alega que celebrou contratos com a TICKET SERVIÇOS S/A, sucedida pela GR S/A, para o fornecimento das refeições e que esta empresa possuía Regime Especial com autorização da GETRI e na forma do art. 460 do RICMS. Diz ainda que esse regime transferindo o recolhimento para aquela empresa no fornecimento das refeições, retira a responsabilidade do adquirente, e assim afasta a aplicação do regime de diferimento. Conclui alegando que tal procedimento importa em dupla tributação sob o mesmo fato gerador, e que o recolhimento foi feito pela TICKET, pedindo que conceda um prazo de 30 dias para comprovar os pagamentos. Ao final, requereu nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A PROFAZ no Parecer de fls. 279 e 280, se manifestou acerca dos itens 1 e 3 que tratam da glosa do crédito relativo a material de uso e consumo, dizendo que os materiais não são nem desgastados ao longo do processo industrial, nem integrantes do produto final, por isso os mesmos não são ensejadores de crédito fiscal, daí por que entende se referirem a material de uso e consumo.

Relativo ao item 3, considerou também subsistente a acusação, por entender que na condição de adquirente das refeições, era o autuado o responsável pelo recolhimento do imposto, ainda que o fornecedor possua regime especial. Concluiu que a não comprovação de que o fornecedor recolheu o imposto, tornava a exigência fiscal procedente, e correta a Decisão de 1ª Instância. Opinou pelo Não Provedimento do Recurso.

VOTO

Após analisar as peças constantes dos autos, verifico que as razões apresentadas no Recurso Voluntário são as mesmas alegadas na defesa, cujo mérito das infrações já foi enfrentado no julgamento proferido na 1ª Instância.

Vejo que o autuado recorre de toda a matéria que envolve a lide, ou seja se insurge contra a glosa do crédito fiscal onde afirma que se trata de produtos intermediários e não material de consumo, e quanto à exigência do imposto em razão da aquisição de refeições cujo pagamento é diferido para o momento da entrega, consoante dispõe a legislação estadual, (art. 343, inciso XVIII do RICMS/97).

Quanto aos itens 1 e 3, que tratam da glosa do crédito por utilização indevida, decorrente de aquisições de materiais para uso e consumo no período de 1998 e 1999, sendo que os créditos relativos a este último exercício foram apropriados extemporaneamente, pois conforme descrição feita pelo autuado à fl. 127, onde estão relacionadas as notas fiscais indicando o período de janeiro de 1995 a 1999, entendo que não assiste razão os argumentos de que os produtos adquiridos se refiram a produtos intermediários, e que faça jus ao valor lançado, pois os mesmos não se enquadram no conceito de intermediários, pois não basta que sejam consumidos no processo de industrialização, uma vez que todos os materiais sofrem desgaste em razão do uso.

Ademais, a descrição dos materiais (tubo titânio, bico descarga e spartan EP 320) feito pelo autuado às fls. 145 e 146 da peça de impugnação, aliado às informações do autuante às fls. 216 a 219, acompanhadas de fotos indicando como são utilizados os mesmos, espancam qualquer dúvida quanto aos materiais serem peças de reposição (tubo titânio e bico descarga) e portanto, que não dão ensejo ao creditamento.

Ressalto a situação que ocorre quanto ao produto “Óleo Spartan”, em que o próprio autuado declara às fls. 223 que se trata de material de uso e consumo. Mas faz nova declaração à fl. 241 alegando que teria se equivocado e modificando o conteúdo da declaração anterior.

Tal fato, só reforça o meu convencimento de que se trata de produto destinado a lubrificação do maquinário do estabelecimento industrial, e assim não faz jus ao crédito fiscal.

Também considero que outro argumento que não prevalece, é o que alega o recorrente referente ao item 2, uma vez que o recolhimento do imposto é atribuído pela legislação, ao adquirente de refeições para o consumo dos seus empregados, ao teor do já citado artigo, que determina ao mesmo a responsabilidade pelo recolhimento do imposto no momento em que ocorrer a entrada da mercadoria (refeições) no estabelecimento do comprador.

Quanto a alegação de que a empresa fornecedora das refeições possui um Regime Especial para pagar o imposto ao fornecer a mercadoria, este fato, não retira a responsabilidade pelo adquirente, salvo se tivesse o recorrente comprovado que o recolhimento do imposto relativo às aquisições que foram objeto do reclame, efetivamente, efetuado pela empresa fornecedora (TICKET S/A), prova esta que não veio aos autos não obstante, tenha requerido nas suas razões de recurso o prazo de 30 dias para comprovar os pagamentos.

Assim, adoto os fundamentos do voto vencedor da Decisão Recorrida e também em consonância com os fundamentos do Parecer da Representante da PROFAZ quanto a inexistência de novos documentos ou fatos que possibilitem a pretendida reforma da Decisão hostilizada.

Neste sentido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206847.0005/02-5, lavrado contra FICAP S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da imposto no valor de **R\$131.673,41**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA AMRTINS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PROFAZ