

PROCESSO - A.I. Nº 280328.0003/00-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - METANOR S/A - METANOL DO NORDESTE
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0097-01/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO (INFAZ CAMAÇARI)
INTERNET - 26.05.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0225-11/03

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. Constatado no mesmo exercício, tanto diferenças de saídas como de entradas, e exigido o imposto tomando-se como base a diferença de maior expressão monetária. Revisão fiscal determina a insubsistência da infração. 2. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a regularidade da operação. Infração não caracterizada. 3. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PREPARO DE REFEIÇÕES. Inexistência de fato gerador do ICMS por comprovação de que os ingredientes utilizados no preparo das refeições foram adquiridos pelo próprio autuado. Contrato de prestação de serviço destinado à administração de refeitórios, cozinha industriais e fornecimento de mão-de-obra não tira do autuado a condição de fornecedor das refeições, afastando a possibilidade da cobrança do imposto por amparo em isenção. Insubsistência da acusação. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso de Ofício na forma do art. 169, I “a” do RPAF/99 e do consignado na própria Decisão conforme preceitua o art. 170, I do mesmo regulamento, em face do Acórdão nº 0097-01/03, que submete à apreciação desta Câmara o reexame da Decisão exarada pela Junta de Julgamento Fiscal (1ª), no tocante aos itens 1, 4 e 5 da autuação, que desonerou parte do débito fiscal imputado no lançamento ex officio, com o julgamento pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração acima epigraado.

A autuação fiscal exigindo o imposto no valor de R\$1.289.316,06, mais 2 UPFs-BA, consistiu na apuração das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques por espécie de mercadorias, no exercício de 1995 no valor de R\$447.478,74 e no exercício de 1996 - R\$734.968,76) totalizando o débito de R\$1.182.447,50;
2. Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Trata-se de crédito fiscal utilizado na aquisição de produtos KURIZET, OXH, e OXM, todos da KURITA, utilizados no sistema de tratamento de água de resfriamento do

processo fabril; HIPOCLORITO DE SÓDIO, FOSFATO MONOSSÓDIO e FOSFATO TRISSÓDICO utilizados no sistema de caldeira e ÁCIDO SULFÚRICO a 98%, nos exercícios de 1995 e 1996 no valor de R\$21.388,61;

3. Falta de recolhimento do ICMS relativo a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, referentes aos produtos relacionados na infração 02, no valor de R\$22.010,82;
4. Recolhimento a menor do imposto em razão de registro de operação tributada como não tributada, na saída de produto semi-elaborado para a Zona Franca de Manaus sem a comprovação do internamento pela SUFRAMA, no mês de novembro/96 no valor de R\$12.320,65;
5. Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos empregados da empresa, no período de janeiro/95 a dezembro/96, no valor de R\$51.069,06;
6. Emissão de documento fiscal omitindo indicações necessárias à identificação da operação ou prestação, sem prejuízo ao atendimento à obrigação principal, no mês de novembro/95 - 01 UPF/BA;
7. Falta de comunicação ao fisco de lançamento extemporâneo no RAICMS de crédito sobre revenda de materiais de uso e consumo, no mês de outubro/96 – 01 UPF/BA.

O autuado ingressou com defesa no prazo regular às fls. 219 a 247, por advogados legalmente constituídos, onde alega equívoco do autuante referente ao item 1, arguindo que os valores autuados não refletem a realidade da empresa e que há erro na imputação, requerendo diligência fiscal para revisão do item que apurou imposto através do levantamento quantitativo de estoques. Relativo a infração 2, alega que considera devido o crédito fiscal de produtos intermediários, enquanto a administração entendeu que se tratava de material de uso e consumo. Quanto a terceira infração que se refere ao diferencial de alíquota, e que essa questão decorre do entendimento da administração que considera materiais de uso e consumo referente às aquisições dos produtos do item anterior. Referente a quarta infração diz que é uma suposição da fiscalização de que não houve o recolhimento do imposto na saída de produtos semi-elaborado para a Zona Franca de Manaus. Relativo a quinta infração, diz que se trata de suposição da fiscalização de que não foi recolhido o imposto diferido nas entradas das refeições para os seus empregados. Reconheceu as infrações apontadas nos itens 6 e 7, que afirmou terem sido devidamente recolhidas.

Diz quanto ao item 1, que o autuante se equivocou no lançamento das quantidades dos estoques. Alega que as quantidades das toneladas no estoque referente ao exercício de 1995 e elabora um demonstrativo. Diz que não foram lançadas as entradas referentes a devoluções “empréstimos” e “armazenagens”, aponta os mesmos erros no exercício de 1996, elaborando várias planilhas indicando, outras entradas, outras saídas que não foram levadas em conta pela fiscalização e pede a improcedência da infração.

Relativo à utilização do crédito que foi objeto da glosa dos créditos fiscais pela aquisição de produtos KURIZET, OXH e OXM, afirmou que os mesmos não são produtos de uso e consumo, mas sim, produtos intermediários, cuja utilização no processo industrial petroquímico é vital para a obtenção do produto final nas especificações e propriedades que atendam às necessidades dos seus consumidores, sendo totalmente consumidos no processo produtivo, mesmo de maneira indesejável, integrando-se ao produto através dos resíduos do seu desgaste. Nesta linha de

raciocínio, advogou que a identidade física de um determinado bem nem sempre é bastante para que se conclua por sua inclusão entre os produtos intermediários ou entre os bens de produção ou instrumentais, mas sim, a sua participação e utilização no processo industrial, evidenciada na correta contabilização, que fornece os elementos necessários à conclusão da possibilidade de creditamento ou não. Trouxe à lide entendimentos de juristas para corroborar sua argumentação e afirmou que a questão se resumia no entendimento divergente entre o fisco estadual e seus contribuintes acerca das propriedades e, portanto, da classificação dos produtos autuados.

Passou, em seguida, a demonstrar o processo de produção e a participação dos produtos cujos créditos foram glosados, descrevendo como a água de refrigeração é utilizada no processo produtivo da fábrica e como os produtos derivados da KURITA (KURIZET, OXH e OXM) são essenciais para assegurar a boa qualidade da água de acordo com os padrões internos operacionais e ambientais, evitando que as tubulações e equipamentos apresentem deterioração por corrosão e incrustação, o que causaria perda de eficiência na troca térmica, gerando perda de produção. Requereu a revisão do lançamento.

Relativo ao item 3 impugnou a obrigação de pagar qualquer valor supostamente devido a título de complementação de alíquota, pois entendia que os produtos estão tecnologicamente ligados ao processo produtivo da empresa, sendo produtos intermediários, com direito a crédito e, por consequência, desobrigados ao recolhimento da diferença de alíquota.

Dissertou sobre o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS para, afinal, demonstrar que, o recolhimento da diferença de alíquota devido ao Estado destino só pode ser cobrado depois de apurado seu valor por meio do sistema de compensação de créditos e débitos, e concluiu que não podia haver recolhimento de diferença apurada na entrada de cada mercadoria ou lote dela.

Quanto à falta de recolhimento sob o fundamento de não ter sido comprovado o internamento por parte da SUFRAMA das operações de saídas para a Zona Franca, transcreveu o art. 598 do RICMS/BA. Disse que por equívoco ou erro nos controles daquele órgão não encaminhou à autuada a declaração de Ingresso das mercadorias, e foram feitas várias solicitações durante o período da fiscalização, sem obter êxito. E somente em 27/12/00 é que obteve a aludida declaração. Apensou, aos autos, Declaração de Ingresso (fl. 601), fornecida pela SUFRAMA, referente às Notas Fiscais nºs 1548, 1549, 1553, 1556, 1557, 1558, 1562, 1563, 1564, 1569, 1570, 1571 e 1572 para comprovar o internamento das mercadorias na Zona Franca de Manaus e desconstituir a infração apontada como 4. Ressaltou que, somente depois de reiterados pedidos, foi que aquele órgão enviou essas comprovações. Requereu que se considerasse improcedente este item da autuação.

Quanto à cobrança do imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo dos seus funcionários, entendeu que o fisco invadiu a competência tributária dos municípios, pois estava a cobrar imposto sobre prestação de serviços, em desobediência ao princípio constitucional da estrita reserva legal que cerca a exigência de qualquer tributo. Entendeu que fugia a qualquer raciocínio lógico, a fiscalização reconhecer ter havido a comprovação de compra de gênero alimentício *in natura* para posterior preparo em suas instalações e autuar, indicando como momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, o fornecimento dos alimentos prontos para consumo. Com isso, restou patente que não pode haver ocorrência do fato gerador do imposto na entrada de mercadorias para preparo das refeições ao mesmo tempo do fornecimento das refeições, sendo inegável ser ilegal a cobrança. A hipótese prevista na norma regulamentar é a incidência diferida para o momento da entrada no estabelecimento do adquirente de refeições destinadas ao consumo de seus funcionários. No seu caso, não houve entrada de refeições, e sim, preparo daquelas em suas instalações e posterior fornecimento aos empregados. Ressaltou que a

própria SEFAZ já se posicionou sobre o assunto em resposta à consulta formulada pelo GR - Restaurantes de Coletividade, empresa contratada, à época, para administrar, preparar e distribuir as refeições no seu estabelecimento.

Entendendo como pertinente, discorreu sobre a possibilidade da imposição do ICMS nas operações de fornecimento de refeições pela empresa aos seus empregados. Afirmou que a questão é se saber qual a base cálculo que serviria para o cálculo do imposto a pagar. Como o fornecimento de refeições aos seus empregados não implicava em qualquer ônus para aqueles, por consequência, a base de cálculo em tais operações seria nula, sendo inteiramente injustificável a elaboração do cálculo do imposto com base no custo de aquisição dos gêneros alimentícios utilizados no preparo das refeições, cujo imposto já fora pago, somados às despesas com os serviços de preparo, administração e distribuição das refeições. Além do mais, as aquisições dos gêneros utilizados no preparo das refeições seriam operações geradoras de crédito para seu adquirente, em obediência ao princípio constitucional da não cumulatividade.

Diante dos fatos expostos, farta documentação anexada, solicitou diligência fiscal para comprovar suas alegações e a improcedência da autuação com homologação das parcelas recolhidas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 624 a 632 dos autos, onde alega que ocorre uma tentativa de autuado de desqualificar o levantamento quantitativo dos estoques por espécie de mercadorias trazendo aos autos parte das notas fiscais autuadas e outras sem pertinência com o levantamento, referentes a venda de GÁS DE SÍNTESE para a GASNOR, quando o quantitativo se referiu às operações com METANOL, ÁLCOOL e LÍQUIDO. Observou que o GÁS é medido, por ser levíssimo, em NM3 e jamais em toneladas, portanto nunca poderiam cobrir “rombos” em estoque, além de ser produto estranho ao levantamento. Quanto às notas fiscais de circulação de mercadorias entre a METANOR e a TEQUIMAR (armazém geral) entendeu totalmente dispensáveis ao levantamento, assim como, as notas fiscais de entradas, correspondentes à “devolução de empréstimos” de metanol (que é um produto de consumo) não apresentadas anteriormente à fiscalização, o que só onerou ainda mais as omissões de saídas.

Observou, que a defesa apresentou planilhas que não têm qualquer correspondência com a documentação fiscal por ela própria apresentada. E acrescentou que as planilhas originais elaboradas pelo autuante, nenhuma contestação foi feita pelo autuado, a não ser aquelas acima referidas que foram rechaçadas.

Esclareceu como procedeu no levantamento quantitativo impugnado. Diz que não considerou, nos seus levantamentos, as operações de remessas e retorno entre a METANOL e TEQUIMAR, pois ambos os estoques compõem um único estoque pertencente a METANOL, inventariado como “Produtos Acabados”, sendo “Metanol” (armazenado no estabelecimento) e “Metanol com Terceiros” (o que, no caso, deve incluir a própria Tequimar), como constatar à fl. 87 (livro Registro de Inventário de 31/12/95). Observando que, no mundo das hipóteses, ainda que sob raciocínio absolutamente lógico, deveria haver diligência, realizada por auditor fiscal da Gerência Especializada, de preferência com formação de engenheiro químico, no sentido de acompanhar mais de perto as operações de devoluções de “empréstimos” de Metanol com a Tequimar e seus clientes, refaz o demonstrativo de débito, incluindo entradas adicionais de METANOL, passando o débito para R\$562.508,63, em relação ao exercício de 1995.

Rebateu a afirmativa do autuado de que os produtos da KURITA (OXH, OXM e KURIZETES) possam ser considerados produtos intermediários, pois não participam, de forma direta, do seu processo produtivo. Servem, apenas, para conservar os equipamentos por onde passa a água, esta sim, imprescindível, já que fluido refrigerante que propicia condições favoráveis para que as reações

químicas ocorram e se obtenham os produtos finais e intermediários. Assim, a afetabilidade daqueles está relacionada diretamente aos equipamentos, e não ao produto final.

Diz ainda que a água de resfriamento é indispensável pois mantém a temperatura da reação em patamares adequados, porém os aditivos nela utilizados não são indispensáveis.

Quanto ao entendimento relativo à glosa dos créditos, ratificou a cobrança do imposto, bem como a cobrança do diferencial de alíquota.

Em relação à cobrança do imposto relativo à infração 04, o autuado comprovou o internamento do METANOL na Zona Franca de Manaus. Entretanto, não efetuou o estorno proporcional dos créditos fiscais, conforme art. 100, IV do RICMS/96. Como o valor de tais estornos ultrapassou o valor do débito das saídas, sugeriu que o lançamento fosse retificado quanto à fundamentação legal e mantido o valor de R\$12.320,65.

Quanto à infração 5 (falta de pagamento do imposto diferido sobre entradas de refeições), observou que baseada em premissas falsas, pois o preparo das refeições não cabia ao autuado, mas sim à empresa contratada para este fim, como se depreende dos contratos firmados e das declarações do impugnante em sua defesa. Ou seja, a contratada possuía, no mínimo, uma equipe de cozinheiros e nutricionista, recebendo do autuado os ingredientes necessários ao preparo das refeições. Ao preparar e fornecer as refeições agregava valor ao produto recebido, o que é uma operação mercantil que constitui fato gerador de ICMS. Ressaltou que o autuado manipulou o real sentido do texto legal, interpretando literal e restritivamente o art. 343, XVIII do RICMS/96, ao querer que se acreditasse não se configurar o fato gerador do imposto simplesmente porque a refeição não entra preparada no estabelecimento, pois nele produzida, o que, no seu entender não afastava a incidência do imposto.

Quanto ao argumento de que a aquisição de alimentos “*in natura*” já trazia consigo a imposição da carga tributária, disse que a impugnante esqueceu de que a contratada agregava valor aos alimentos “*in natura*”, transformando-os em refeições prontas para o consumo, constituindo operação açambarcada pelo ICMS.

Afirmou que a defendente enganou-se ao afirmar que os valores utilizados para a formação da base de cálculo foram calculados a partir do custo de aquisição dos alimentos em estado natural. A base de cálculo foi, exatamente, o valor pago à empresa contratada para o fornecimento de refeições, dividido por 0,83, haja vista que o ICMS constitui a sua própria base de cálculo.

Por fim, recorrendo sobre o momento da ocorrência do fato gerador do imposto devido por diferimento, solicitou a procedência da autuação quanto a este item.

Quanto às infrações 6 e 7, observou que o autuado embora afirme ter recolhido o valor das multas impostas, não trouxe a prova destes pagamentos.

Por derradeiro, solicitou que Auto de Infração fosse julgado Procedente, com a ressalva de que fosse providenciada diligência no estabelecimento do autuado e de seus dos clientes, situados no P.P.C., a fim se de conhecer melhor as operações de empréstimo de álcool àquelas empresas e estudar melhor as operações com a TEQUIMAR.

A Diligência Fiscal foi realizada por fiscal estranho ao feito às fls. 873 a 920, lotado, na IFEP, e o mesmo se manifestou (fls. 949 a 951) entendendo que as operações realizadas com a GASNOR, vendas de gás de síntese, deveriam ser descontadas da produção de metanol, pois sua produção, apurada nos relatórios de produção, englobava o metanol equivalente enviado para a aquela empresa, conforme explicado no relatório do Gerente Industrial do autuado que se encontra apensado ao PAF (Processo nº 073942/2002-0) e constante dos relatórios de produção (fls. 78 a 89 -

exercício de 1995 e fls. 138 a 164 - exercício de 1996).

Afirmou que, de um modo geral, os empréstimos foram considerados no levantamento quantitativo de estoques, porém houve uma situação específica com a COPENE que adiante especificou.

Concordou com o autuante de que não se pode levar em consideração as remessas e devoluções simbólicas para TEQUIMAR e CATTALINI, pois são apenas depósitos de terceiros. Inclusive, em 31/12/95 havia 743,610 ton de metanol no TEQUIMAR, que estão destacadas no Livro de Registro de Inventário (fls. 91 do PAF), como "metanol com terceiros".

Respondeu aos quesitos formulados pela impugnante. e concluiu que após tais modificações encontrou uma omissão de saídas de 28,981 ton. observou que o contribuinte encontrou uma diferença nos seus estoques de 6,886 ton, que através de documento interno considerou como ajuste de inventário. além do mais, existe uma Nota Fiscal da tequimar nº 3759 de 23/04/96, referente à quebra operacional na movimentação do terceiro trimestre/95 e janeiro/96 de 22,075 ton. caso tais justificativas forem aceitas o levantamento quantitativo não se sustenta. por fim, entendeu que deveria ser feito o estorno de crédito relativo a estas perdas de metanol.

Houve a ciência ao autuado, pelo patrono do autuado, de próprio punho, à fl. 951 v. da revisão efetuada e da cópia das fls. 949 a 951.

O autuante manifestou-se (fls. 954 a 955), concordando parcialmente com a revisão realizada. Entendeu que não se justificava descontar na produção de Metanol as vendas de gás de síntese (em verdade, o gás reformado) para a GASNOR, pois foram informadas, como produção líquida de metanol, álcool metílico, valores estes que constam às fls. 78 a 89 (Exercício de 1995), fls. 138 a 164 (Exercício de 1996) e computados no levantamento quantitativo de estoques como entradas de metanol. Inclusive, o gás reformado é obtido pela reforma do gás natural com vapor, anteriormente à síntese do metanol, como se pode observar às fls. 35, não podendo, de forma nenhuma, com este se confundir. Além disso, mesmo que as saídas de gás para a GASNOR fossem incluídas como produção de metanol, ainda assim, pelas quantidades de gás encontradas nas notas fiscais o total das saídas resultaria em valores irrisórios, como se pode observar na planilha anexa (fls. 952 a 953). Observou que para a se converter NM3 em toneladas, é preciso se levar em conta que 1 NM3 é o volume de 1M3 de gás, nas CNTP - Condições Normais de Temperatura e Pressão (Pressão de 1 atm; Temperatura de 0 grau centígrado ou 273 K), o que nas condições ideais e após explicações, disse que 1M3 do gás é igual a 0,00196551 ton, apenas.

Quanto ao exercício de 1996, fez as seguintes considerações:

1. Citou as notas fiscais que se referiam à remessa de consignação para a BASF. Disse que somente considerou no levantamento as notas fiscais de saídas efetivas, e não as notas fiscais de simples faturamento. Entretanto, concordou que o procedimento adotado pelo diligente era o mais adequado, se o autuado inclui no seu Registro de Inventário, em estoque em poder de terceiros, o estoque em consignação na BASF.
2. Citou as notas fiscais referentes a vendas de metanol para empresas do Sul e Sudeste, a partir do armazém CATTALINI não foram incluídas no levantamento, mas em seu lugar foram incluídas as notas fiscais 1314, 1315, 1348, referente às saídas para o mencionado armazém. Uma ou outra operação poderia ser computada, mas não as duas conjuntamente, pois seria contabilização em duplicidade. O Auditor Fiscal diligente adotou procedimento inverso, porém, igualmente válido.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação prestada pelo autuante, porém não se manifestou (fls. 957 a 959). Entretanto, anexou ao PAF sua desistência a defesa das infrações 2 e 3 do presente processo, conforme previsto no do art. 7º, II do Decreto nº 8.330/02, anexando o DAE de pagamento (fls. 962 a 964).

O contribuinte quando recebeu cópias dos demonstrativos efetuados pelo revisor fiscal e se manifestou às fls. 977 a 985.

A Decisão proferida na 1ª Junta de Julgamento Fiscal às fls. 1012 a 1027 dos autos, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, objeto deste Recurso de Ofício, examinou todos os aspectos processuais, registrando todas as intervenções do autuado e do autuante no processo, realização de diligências e constatando que o mesmo foi perfeitamente saneado. No mérito analisou como foi efetuado o levantamento fiscal, e concluiu que a última revisão fiscal, de que no levantamento fiscal as vendas à GASNOR deveriam ser excluídas das entradas do produto metanol, do que remanesceu uma omissão de entradas do produto de 0,206 toneladas para o exercício de 1995 e de uma omissão de saídas de 28,981 de toneladas para o exercício de 1996. Foi informado pelo revisor fiscal uma diferença de 6,886 toneladas, que através de documento interno considerou como ajuste de inventário. E que constava uma Nota Fiscal nº 3759 de 23/04/96, referente à quebra operacional na movimentação do terceiro trimestre de 1995 e janeiro/96 de 22.075 ton. E que se essas justificativas fossem aceitas o levantamento não se sustentaria. Levou em conta os esclarecimentos do autuado, quando este tomou conhecimento da revisão, que explicou como manipula os produtos químicos extremamente voláteis, que modificam de estado em razão da temperatura e pressão a que forem submetidos, e admitiu ser possível a diferença no exercício de 1995, decorrente das perdas e quebras no processo produtivo. E, relativo ao exercício de 1996, a perda de 22.075 ton. quando da movimentação para o armazenamento na empresa TEQUIMAR, a nota fiscal de retorno atestava o fato. Concluiu pela insubsistência da infração 1, diante das explicações do autuado aliadas à confirmação do revisor fiscal.

Não examinou os itens 2 e 3, diante da desistência do autuado em prosseguir com a defesa, em razão de ter recolhido o imposto conforme o DAE de fls. 962 e 964, com base no art. 7ª, II do Decreto nº 8.330/02.

Referente à infração 4 em que se exigiu o imposto em razão de recolhimento a menor no registro de operação tributada como não tributada na saída de produto para a Zona Franca de Manaus, considerou insubsistente a acusação diante da comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, conforme Declaração do Ingresso à fl. 601 dos autos.

Quanto à infração 5 que exige o imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos empregados, analisou o fato à luz da legislação, e que o autuado era o responsável pelo recolhimento ao teor do art. 12, III do RICMS/89. Mas, analisando o Contrato de prestação de Serviço, anexado às fls. 192 a 199, na leitura das cláusulas constantes do mesmo

Ficou provado que o contribuinte produziu refeições em sua cozinha industrial com material por ele adquirido, utilizando os serviços da empresa contratada para executar a administração e efetuar a prestação de serviço de mão-de-obra para o preparo e distribuição das refeições.

Concluiu que as operações em questão estavam fora da incidência do ICMS, com base no disposto no art. 3º, LXIV do RICMS/89 que amparava com isenção a hipótese descrita neste caso. Ressaltou que era esse o entendimento da DITRI no Parecer nº 615/97. E julgou insubsistente o referido item.

Observou que desde o início o autuado reconheceu às infrações 6 e 7 relativas a emissão de documento fiscal omitindo indicações necessárias à identificação da operação ou prestação e a falta de comunicação ao fisco de lançamento extemporâneo no RAICMS de crédito sobre revenda de materiais de uso e consumo. E por não haver lide sobre as matérias, subsistiam as referidas infrações no valor de 2 UPFs-BA.

VOTO

Da análise das peças e documentos fiscais acostados aos autos, verifico inicialmente os aspectos processuais em face das sucessivas intervenções na fase instrutória do processo, em que o autuado (9) e o autuante (6) por diversas vezes se manifestaram nos autos, além da existência de diligência fiscal, com (7) intervenções por diversos diligentes fiscais, verifico que a diligência fiscal realizada por auditor fiscal estranho ao feito, às fls. 949 a 951 dos autos, espancou as dúvidas quanto às diferenças relativas ao levantamento quantitativo de estoques, acerca do item 1 da peça acusatória.

A infração 1 que se constitui no valor mais expressivo e decorre de um levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 1995 e 1996, foi o cerne da presente lide, e após sucessivas falas tanto do autuado quanto do autuante, a diligência acima referida apresentou os esclarecimentos que convenceram o relator da insubsistência da autuação.

Constata-se da leitura da Decisão recorrida e do contido na informação do diligente fiscal que respondendo aos quesitos formulados pelo autuado à fl. 747 dos autos, concluiu que uma pequena diferença remanesce nos exercícios autuados, após ter efetuado as correções nos levantamentos elaborados pelo autuante. Observou que relativo à diferença de omissão de saídas, no exercício de 1996, na produção de metanol encontrou 28.981 ton (vide fl. 920) mas que a Nota Fiscal nº 3759 da TEQUIMAR (vide fl. 948) que foi considerada como ajuste de inventário referente à quebra operacional na movimentação do produto, estaria praticamente zerada a diferença, pois só remanesce 6.886 ton.

Houve por parte do autuado, esclarecimentos que confirmaram o que justificou o diligente fiscal, e a Junta julgadora acolheu os argumentos do autuado e considerou insubsistente a infração.

Entendo acertada a conclusão da Decisão recorrida, pois os sucessivos equívocos nos levantamentos quantitativos dos estoques, fragilizaram o levantamento fiscal, e a diligência fiscal corroborou com os argumentos do autuado. Portanto não cabe reparo quanto à Decisão feita pelo juízo *a quo*.

Referente ao item 4, a comprovação do internamento, com a declaração da SUFRAMA à fl. 601 dos autos, afasta de vez a exigência fiscal referente às saídas para a Zona Franca de Manaus, de produtos semi-elaborados, com isenção, relativos às notas fiscais descritas no ANEXO E, à fl. 188 dos autos. Assim, correto o julgamento recorrido, que considerou insubsistente a referida infração.

Relativamente ao item 5, que aponta a falta de recolhimento do imposto diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo por parte dos funcionários, no período de janeiro de 1995 a dezembro de 1996.

A questão a ser analisada era se as refeições foram preparadas nas dependências do estabelecimento fabril, com a aquisição feita pela própria empresa. O autuado impugnou o lançamento alega invasão na competência do imposto municipal relativo a prestação do serviço. E esclarece que adquire os gêneros alimentícios para posterior preparo e prepara em suas próprias instalações. Diz que tem contrato de prestação de serviço com a GR – Restaurantes de

Coletividade, vigente à época da autuação que previa a administração, preparo e distribuição de refeições aos seus funcionários. Discorreu sobre o conceito de diferimento, e questionou como o fisco reconhece que houve entrada de gêneros alimentícios para o preparo nas instalações do próprio autuado, e não de refeições prontas e pretende que haja a incidência de imposto na forma pretendida no Auto de Infração citou o art. 9º, inciso X do RICMS/89, que previa o diferimento na hipótese do fornecimento de refeições para o momento que ocorrer à entrada das refeições no estabelecimento, e conclui que este dispositivo não se aplica ao caso. E sustentou que improcedia tal exigência.

De outro modo o autuante rebateu os argumentos do autuado na informação fiscal às fls. 624 a 630, onde assim se manifestou “é importante evidenciar que o preparo de refeições NÃO cabe ao autuado, mas sim à empresa contratada, o que se depreende dos próprios contratos firmados e das declarações da impugnante no parágrafo 57, fls. 244. Isto quer dizer que a contratada possui no mínimo uma equipe de cozinheiros e nutricionista, e recebe do autuado os ingredientes necessários ao preparo das refeições, prepara as refeições, portanto agrega valor ao produto recebido, e fornece a refeição aos empregados da Metanol, o que é uma operação mercantil que constitui fato gerador do ICMS”.

Diz ainda que o autuado interpreta literalmente o art. 343, inciso XVIII do RICMS/96. E conclui que o momento da ocorrência do fato gerador “é quando o empregado passa com o bandeirão no local do refeitório onde a contratada oferece as refeições....”. E pediu a procedência da infração.

Ocorre que analisando o Contrato de Prestação de Serviços anexado pelo autuado, às fls. 615 a 622 dos autos, constata-se que fica sem sombra de dúvida caracterizada a existência de um refeitório nas instalações do estabelecimento autuado, tendo realizado juntamente com a COPENOR que está situada no mesmo endereço, a contratação com a GR – RESTAURANTES de COLETIVIDADE para administrar, preparar e distribuir a refeição aos funcionários da contratante no caso a METANOR S/A e A COPENOR. Logo, não se aplica a hipótese prevista no art. 8º do RICMS/89, como entendeu o autuante.

Entendo que o Julgado não merece reparo e de fato a autuação é insubsistente. Concordo com o voto exarado na Decisão recorrida cujo inteiro teor acerca deste item ora transcrevo:

“A infração 5 cuida da cobrança do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários da empresa e que não foi recolhido. – R\$51.069,06;

A fiscalização entendeu de que a situação em questão caracteriza ocorrência de fato gerador do ICMS, amparada pelo instituto do diferimento (art. 8º do RICMS/89), com termo final para lançamento e pagamento do imposto previsto na entrada da mercadoria no estabelecimento (art. 9º, X, e art. 11, § 10º, III deste Regulamento), sendo o responsável pelo seu recolhimento o autuado como determina o art. 12, III, do RICMS/89. Ressalto, neste momento, que deixo de me referir ao art. 343, XVIII, do RICMS/96, pois Regulamento ainda não vigente à época dos fatos geradores do imposto ora cobrado.

Analisando o Contrato de Prestação de Serviço, anexado ao processo às fls. 192 a 199, verifico que consta de sua Cláusula Primeira, como objeto, a prestação pela contratada, nas dependências das contratantes (METANOL e COPENE), que estão instaladas no mesmo endereço, dos serviços de preparação e distribuição de refeições, para atender aos seus empregados ou pessoas por elas autorizadas. Há, ainda, na Clausula Quarta do referido Contrato fixação do preço do serviço, cobrado em função dos custos incorridos com empregados (que expressamente não podem ser contratados pelo impugnante – Cláusula III, 3), encargos sociais e ISS, despesas com material de limpeza e uniformes, além de uma taxa de 15% calculada sobre o consumo dos gêneros alimentícios (fornecidos pelo autuado) e descartáveis.

Assim, os elementos acostados ao processo não demonstram ter a Contratada preparado refeições em estabelecimento industrial e fornecido ao estabelecimento do autuado, para consumo por parte de seus empregados, situação que caracterizaria a ocorrência de hipótese de incidência de ICMS, sobre o valor total da operação, ou seja, sobre o preço das mercadorias acrescido do valor da prestação de serviço. Contrariamente, ficou provado que o contribuinte produziu as refeições em sua cozinha industrial com material por ele adquirido, embora utilizando os serviços de empresa especialmente contratada para executar a administração e efetuar a prestação de serviço de mão-de-obra para o preparo e distribuição das referidas refeições. Portanto, deve ser feita a distinção entre fornecimento de alimentação e a prestação do serviço de administração de refeitórios e cozinhas industriais, pois apresentam forma de execução distinta, inclusive quanto à apuração do valor a ser pago pela contratante a contratada.

Na situação, entendo que a operação, em questão, encontrava-se fora da incidência de ICMS, com base nas disposições do art. 3º, LXIV do RICMS (Decreto nº 2.460/89) que amparava com isenção "os fornecimentos de refeições sem fins lucrativos, em refeitório próprio, feitos por estabelecimento industrial, comercial ou produtor, diretamente a seus empregados ...". Ressalto, que esse também é o entendimento da Gerência de Tributação desta SEFAZ, através do Parecer GETRI nº 615/97. Pelo exposto, a infração não pode ser mantida.”

Deste modo, considero correto o julgamento de 1ª Instância não cabendo reparo na Decisão por esta Instância Recursal. Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO, do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **280328.0003/00-1**, lavrado contra **METANOR S/A – METANOL DO NORDESTE**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.399,43**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, III, “b” e VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios, mais a multa de **2 UPFs-BA**, prevista no art. 61, XXI, da citada lei, com homologação dos valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

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