

A. I. Nº - 281076.0008/03-4
AUTUADO - POLIALDEN PETROQUÍMICA S/A
AUTUANTE - SÉRGIO CABRAL LIBERATO DE MATTOS
ORIGEM - IFEP – FISC. GDE. EMP.
INTERNET - 18. 05. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0157-04/04

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. DESPESAS ADUANEIRAS. Inclui-se na base de cálculo do ICMS o valor das despesas aduaneiras até o desembarço. Infração comprovada. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração parcialmente comprovada. b) BENS UTILIZADOS EM ATIVIDADES ALHEIAS AO ESTABELECIMENTO. Infração comprovada É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a bens do ativo imobilizado utilizados em atividades alheias ao estabelecimento. c) IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. A legislação tributária estadual veda a utilização de créditos fiscais não destacados em documentos fiscais. Infração comprovada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO E BENS DO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. Não se inclui na competência dos órgãos de julgamentos administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Rejeitada as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/12/2003, para exigir ICMS no valor de R\$ 225.729,82, decorrente de:

1 – Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$ 336,59, devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Com ICMS devido e cálculos demonstrados no Anexo I.

2 – Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$ 16.661,00, em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o Escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Refere-se a diferença entre o valor do ICMS diferido sobre utilidades da COPENE, devido em função dos lançamentos no livro Registro de Entradas, e o efetivo recolhido, conforme demonstrativo no Anexo II.

3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 114.763,08, referente a aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento. Refere-se a água potável e ar de serviço, conforme demonstrativo nos Anexos II e II-A.

4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 42.791,34, referente a aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento. Refere-se, na sua grande maioria, a bens classificados como “ativo imobilizado”, porém não estão vinculados ao processo produtivo, conforme Anexo III.

5 – Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$ 13.427,39, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo de estabelecimento. Refere-se, na sua grande maioria, a bens classificados como “ativo imobilizado”, porém que não estão vinculados ao processo produtivo, conforme Anexo IV.

6 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 42.791,34, referente a imposto não destacado em documento fiscal. Refere-se a Nota Fiscal 151 da VISART, que não tem o ICMS destacado por ser microempresa.

7 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 36.689,79, referente a aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento. Refere-se a Notas Fiscais de materiais de uso e consumo, que inicialmente foram lançados como tal no livro de Registro de Entradas e posteriormente foram lançadas diretamente no livro de Registro de Apuração sob as rubricas de “outros créditos” e/ou “estorno de débito”, conforme Anexo V.

8 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 129,03, referente a imposto não destacado em documento fiscal. Refere-se as Notas Fiscais 2672 e 2673 da INSTALOFONE, lançadas sem crédito no livro de Registro de Entradas em 14/07/99, e posteriormente foram lançadas diretamente no livro Registro de Apuração sob a rubrica de “outros créditos”.

O autuado apresentou defesa, às folhas 88 a 153, impugnando parcialmente o lançamento tributário, reconhecendo a procedência das infrações 01, 02, 06 e 08, informando que está providenciando o seu pagamento.

Diz que, com relação aos itens 03, 04 05 e 07, passará a demonstrar que a autuação fiscal não merece prosperar, uma vez que não encontra respaldo na legislação que rege a matéria.

Argüiu a decadência do direito do fisco estadual constituir o crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 1998, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Em seguida passou a analisar os itens do Auto de Infração, que foram contestados.

INFRAÇÃO 03 – Preliminarmente, discorreu a respeito do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, previsto no § 2º, art. 155, da Constituição Federal, que em seu entendimento assegura o direito ao crédito irrestrito por partes dos contribuintes quanto ao ICMS cobrado em operações anteriores, não podendo os estados estabelecer qualquer limitação.

Ressalta que, a despeito da Constituição não ter imposto nenhum tipo de limitação ao gozo do crédito de ICMS, à exceção daqueles que expressamente ressalvou (isenção), a Lei Complementar nº 87/96, acompanhada pela legislação estadual, restringiu seu aproveitamento à aquisição de insumos e bens do ativo imobilizado, tendo postergado, pela terceira vez, o uso dos créditos de bens de consumo, que só poderá ocorrer a partir de 01.01.2007 (conforme alteração introduzida pela Lei Complementar nº 114/02), sendo inconstitucional tal limitação.

Após fazer considerações acerca do princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS e do direito ao crédito irrestrito dele decorrente, o autuado passou a discorrer sobre as glosas referentes aos produtos água potável e ar de serviço.

Com relação ao produto água potável, reconheceu que a fiscalização classificou, de maneira correta, como sendo um bem de uso e consumo do estabelecimento, fl. 109. Porém, em seu entendimento, jamais poderia ter efetuado a glosa dos créditos, pois a Lei Complementar nº 87/96, foi de encontro ao princípio da não cumulatividade erigido na Constituição Federal.

Quanto ao produto ar de serviço, não aceitou a classificação feita pelo autuante, como sendo material de uso e consumo do estabelecimento, por entender que trata-se de insumo, em especial, de produto intermediário, tendo o direito ao crédito assegurado pela Constituição e pelo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia em seu art. 93, inciso I, alínea “b” (matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização) e alínea “d” (de mercadorias a serem empregadas diretamente na geração de energia).

Argumentou que a definição geral de insumo (do qual o produto intermediário é espécie), erigida pela legislação, é a de mercadoria que, não sendo alheia à atividade do estabelecimento, é adquirida para emprego no processo de industrialização. Aduziu que, são tidas expressamente como insumos aquelas mercadorias a serem empregadas diretamente na geração de energia para a produção, sem restringir, contudo, a natureza dessa fonte.

Salientou que o art. 93, I, “b”, do RICMS/97, traz elemento de grande importância para o entendimento da aplicação do princípio da não-cumulatividade nas saídas de mercadorias resultantes de processo industrial, dispondo que o direito ao crédito de ICMS se dá em relação à aquisição de matérias-primas e produtos intermediários. Sendo que a matéria-prima se distingue do produto intermediário porque, apesar de ambas serem substâncias corpóreas, a matéria prima se integra ao produto final, enquanto o produto intermediário, apesar de participar do processo produtivo, não integra o produto acabado.

Prosseguindo em suas alegações defensivas, o autuado assegurou que, ao classificar o ar de serviço o auditor não atentou para sua função no processo produtivo do autuado, onde seu emprego se mostra indispensável tanto para a manutenção do maquinário, quanto para o regular funcionamento dos reatores de produção da matéria final, sem os quais não ocorre a produção do polietileno, que é o seu produto final.

Esclareceu que o ar de serviço é empregado de duas maneiras no processo industrial:

A primeira, como agente aerador os vasos de pressão onde ocorre a reação química das matérias-primas (eteno, propeno, hidrogênio e buteno) que são transformadas no produto final industrial (polietileno). Os vasos de pressão são grande silos, totalmente vedados, sendo imprescindível a entrada de técnicos no interior da sua estrutura, para testar o seu funcionamento e verificar a existência de fissuras em sua estrutura. O ar de serviço é utilizado, em conjunto com dispositivos apropriados que podem fazer exaustão ou ventilação, para fazer uma aeração e condicionar o interior dos equipamentos para receber o ser humano, sem o qual o inspetor seria asfiziado pela falta de oxigênio.

A segunda, como força motriz (gerando energia) para os equipamentos que operam na planta industrial, conforme laudo técnico, fl. 161, pois seria inviável realizar o processo industrial de forma manual, sem utilização de equipamentos que acelerassem a produção.

Observou que o fato do ar de serviço não ter contato direto nem se integrar ao produto final, em nada desvirtua o aproveitamento do crédito decorrente de sua aquisição, já que a legislação só excepciona essa utilização quando a aquisição for de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, citando o Parecer Normativo nº 01/81, para reforçar seu entendimento e transcrevendo parte do mesmo, conforme abaixo:

“Na verdade seria mais apropriado falar-se em consumo de produto intermediário, porquanto sua utilização no processo produtivo importa sua inutilização, sua imprestabilidade para participar de novas operações de produção.

São considerados produtos intermediários os bens materiais que se utilizam no processo de industrialização, exigindo sua renovação ao cabo de cada participação no processo produtivo, embora não se integrem, fisicamente, ao produto acabado, exceto os seus resíduos, de modo indesejado.”

Concluiu que a própria Secretaria da Fazenda do Estado, ao aprovar o Parecer Normativo acima, adota o mesmo entendimento da impugnante, considerando como bens de consumo industrial – com direito a crédito, portanto -, aqueles bens que, sem integrarem o produto final, sejam consumidos no seu processo de industrialização.

Às folhas 122 a 126, citou e transcreveu decisões administrativas e judiciais sobre o tema.

INFRAÇÕES 04 e 05 – Aduziu que a imprecisão do autuante em definir com a devida clareza a infração imputada ao autuado, fulmina de nulidade o item do Auto de Infração, uma vez que o mesmo não atende aos requisitos mínimos e necessários para que saiba, com precisão, qual foi o ato ilícito que cometeu, em conformidade com o art. 18, II e IV, “a”, do RPAF.

Argumentou que, a despeito da nulidade do item em comento, o fato é que, independentemente de qual tenha sido o entendimento do preposto fiscal, foram glosados os créditos decorrentes das aquisições de bens do ativo fixo, vinculado à atividade do estabelecimento do autuado, sobretudo aqueles utilizados pelos seus setores administrativo (doc. 03, fls. 162/163), e laboratorial (doc. 04, fl. 164). Além, dos créditos relativos às aquisições de inúmeras partes e peças que se agregam aos maquinários utilizado pelo impugnante para exercer sua atividade (doc. 05 fls. 165/166).

Em seguida teceu comentários sobre o que vem a ser bem do ativo fixo ou imobilizado, de acordo com a Lei nº 6.404/76, concluindo então, para que um bem seja considerado pertencente ao ativo imobilizado, deverá ser observado sua utilidade e vida útil. Sendo assim, à luz desses requisitos, chega-se à constatação de que os bens arrolados no Anexo III do Auto de Infração se enquadram no conceito de ativo imobilizado, já que possuem vida útil superior a um ano e se prestam para a manutenção ou operação da atividade do autuado, sem que suas respectivas aquisições tenham por fim a venda ou transformação em recursos financeiros.

Às folhas 135 a 137, transcreveu o art. 20 e o § 1º, da Lei Complementar nº 87/96, o art. 93, inciso V, “a” e 97, IV, “c”, do RICMS/97, em seguida, afirmou que tem direito ao aproveitamento do crédito decorrente da aquisição de bens destinados ao ativo permanente, salvo se esses bens forem empregados em atividade alheia ao objeto social do estabelecimento.

Explicou que sua atividade está organizada e dividida em uma série de setores que juntos buscam alcançar o objetivo social da empresa, qual seja, a comercialização e industrialização de polietileno de alta densidade, conforme expressamente consignado no art. 2º do estatuto social.

Esclareceu que o setor administrativo, que engloba as áreas de vendas, de compras, o financeiro, contábil, dentre outros, é indispensável ao exercício da atividade do impugnante, na medida em que viabilizam a compra de matéria prima e outros insumos utilizados no processo produtivo, a venda dos produtos, emissão de faturas, o pagamento de salários, dentre outras tarefas.

Em relação ao setor de laboratório, disse que é uma extensão do processo produtivo, na medida em que promove o controle de qualidade de seus produtos, de modo que os mesmos não podem ser comercializados sem a aprovação pelos rígidos padrões de qualidade exigidos para a produção do polietileno de alta densidade. Promovendo, também, o desenvolvimento de novas técnicas e

tecnologias a serem aplicadas no processo industrial. Concluindo que, não se pode negar a estrita vinculação do laboratório à atividade desenvolvida pelo autuado.

Às folhas 142 a 144, citou doutrinadores e jurisprudência para embasar sua argumentação acima.

Em relação às partes e peças de reposição, aplicadas no seu maquinário, aduziu que foram incluídas pelo autuante indistintamente no Anexo III do Auto de Infração, afirmando que são também classificáveis no seu ativo fixo, do que decorre o direito ao crédito fiscal nas suas aquisições, pois, tais peças se adequam aos critérios de contabilização de bem do ativo imobilizado, possuindo vida útil superior a um ano e se prestam para a manutenção ou operação da atividade do autuado.

INFRAÇÃO 07 – Argumentou que os bens em discussão enquadram-se no conceito de ativo imobilizado, na medida em que possuem vida útil superior a um ano e se prestam para a manutenção ou operação da atividade do impugnante, sem que suas respectivas aquisições tenham por fim sua venda ou transformação em recursos financeiros.

Em seguida passou a analisar, como exemplo, o bem adquirido através da Nota Fiscal nº 82, arrolado no Anexo, relativo ao item em apreço, cujo o valor do crédito glosado praticamente abarca a totalidade do item em debate, pois o seu preço de aquisição perfaz a quantia de R\$ 213.842,12, montante que certamente não se coaduna com os preços normais de aquisição de meros materiais de uso e consumo. Disse que da simples leitura contida no Anexo V, vê que trata-se de engrenagens do redutor, aquisição que qualquer leigo vincularia ao maquinário do processo produtivo.

Asseverou que as engrenagens são peças dos reatores de polimerização, maquinário indispensável para a transformação das matérias-primas em polietileno, sendo uma peça fundamental no processo produtivo, que, se falhar, implica na paralisação das atividades da planta industrial, conforme atesta parecer em anexo (doc. 10, fl. 175). Acrescentou que são substituídas a cada vinte anos, em média, tempo que começam a apresentar ruído acentuado, sinalizando um desgaste.

Finalizando requereu que: a) seja declarada a decadência em relação os meses de janeiro a novembro de 1998; b) seja julgado nulo o item 04 do Auto de Infração e o seu item 05, por conseqüência, tendo em vista a imprecisão na descrição da infração cometida e c) sejam julgados inteiramente improcedentes os itens 03, 04, 05 e 07.

Na informação fiscal, fls. 179 a 187, o auditor autuante contestou a argüição de decadência, ressaltando que o § 4º do art. 150 do CTN tem uma condicionante, ou seja, se a lei não fixar prazo à homologação, será de 5 (cinco)anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Argumentou que o Código Tributário do Estado da Bahia, § 1º, do art. 28 e o RICMS/97, art. 90 e 965, I, fixaram que o início da contagem do prazo de decadência é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Logo, o prazo para decadência ocorrerá após cinco anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte.

Em relação à Infração 03, aduziu que a alegação defensiva de que o ar de serviço seria um produto intermediário, decorre de uma deturpação do que está dito no laudo técnico (doc. 02, fl. 161 do PAF), do Engº Fernando Fontainha de Souza, que inclusive nem está assinado pelo mesmo.

Salientou que em ambos os casos de utilização do ar de serviço não existe uma vinculação do mesmo com o produto final do autuado, porém, o uso como agente aerador nas paradas para manutenção se caracteriza por grandes quantidades de ar se serviço em paradas programadas, que acontecem com intervalo de um ano ou mais, e no demonstrativo de consumo de ar de serviço (fls. 15 a 35) nota-se um consumo bastante regular e em todos os meses desde janeiro de 1998 a julho de 2003. Acrescentou que, a partir de agosto de 2003, o autuado parou de se creditar tanto da água potável como do ar de serviço. Em seu entendimento, é muito pouco provável que o uso do referido produto como agente aerador seja

um item significativo na planta do autuado, pois caso contrário deveria ter picos de consumo do mesmo durante as paradas para manutenção.

Sustentou que o ar de serviço não é usado como força motriz para os equipamentos que operam na planta industrial, conforme está alegando o autuado, e sim apenas como força motriz para equipamentos pneumáticos que são utilizados pela equipe de manutenção para colocar,/apertar e retirar parafusos dos equipamentos sob manutenção.

Quanto à classificação do ar de serviço, disse que a controvérsia reside na recorrente dúvida quanto à caracterização de determinados itens envolvidos no processo de produção, se seriam eles produtos intermediários (com direito a crédito) ou material de uso e consumo (sem direito a crédito).

Aduziu que o Parecer PROFI 01/81 tem sido utilizado como principal parâmetro de referência respeito, nele constando de que os produtos intermediários seriam aqueles que não se incorporando ao produto final – eventualmente apenas seus resquícios e de modo indesejado – participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumindo a cada participação.

Argumenta que produto intermediário tem “vida” de matéria prima – participação intrínseca ao processo, nele se consumindo. Os materiais de uso e consumo, ainda que venham a se consumir a cada participação serão assim classificados se não tiverem função intrínseca ao processo – ex. sabão usado na lavagem interna/externa do maquinário; ou ao contrário, se tiverem participação intrínseca, mas não forem consumidos a cada ciclo produtivo – ex. elementos filtrantes utilizados na filtragem dos insumos/produtos.

A seguir fez uma descrição mais detalhada sobre as categorias de materiais/produtos em que o ar de serviço usado na empresa se encaixa e porque ele deve ser enquadrado como material de uso e consumo:

- Materiais/Produtos para manutenção – aos materiais/produtos utilizados na manutenção das instalações industriais da fábrica. Como exemplo: ferramentas, trapos, graxas, cimento refratário, massa refratária, tijolos refratários, lixas, tintas, vernizes, etc. Servem apenas para manter em perfeito estado de funcionamento as máquinas, equipamentos e instalações. E no caso em questão o ar de serviço utilizado como força motriz nas ferramentas de manutenção. Sendo parte desta categoria é citada nominalmente no referido parecer, não deixando dúvida quanto à utilização desses materiais/produtos.
- Produtos utilizados em paradas – são produtos utilizados quando a planta encontra-se parada, ou seja, sem produzir. Como exemplo: vapor e nitrogênio utilizados para purga dos equipamentos, utilidades em geral, tais como água clarificada e energia elétrica e insumos que normalmente dariam direito ao crédito. E também nesse caso o ar de serviço utilizado como agente aerador para liberação de vasos de pressão durante as paradas para manutenção dos mesmos. Os produtos utilizados com a planta para temos uma situação em que não estão sendo produzidos os produtos da mesma, logo os produtos utilizados nesta condição não devem dar direito ao crédito, pois não vão gerar nenhum produto tributado.

Informou que, para reforçar seu entendimento de que tanto a água potável e o ar de serviço se enquadram como materiais de uso e consumo, o autuado parou de se creditar de tais produtos a partir de agosto de 2003, sendo uma surpresa que agora a mesma esteja voltando atrás na sua decisão.

Quanto às Infrações 04 e 05, inicialmente descaracterizou a classificação dos bens como ativo imobilizado, “pois os mesmo não têm nenhum vínculo com o processo produtivo, logo deveriam ser classificados como materiais de uso e consumo”.

Aduziu que os bens utilizados para manter as atividades administrativas, de laboratório e o uso de partes e peças não têm vínculo direto com o processo produtivo do autuado, e, portanto, devem ser considerados como materiais de uso e consumo.

Às folhas 185 e 186, passou a analisar os bens utilizados para manter as referidas atividades, para demonstrar que o autuado não tem direito ao crédito, com os seguintes argumentos:

- As atividades desenvolvidas pela autuada na área administrativa em nenhuma hipótese pode ser enquadrada como de industrialização, produção ou comercialização nos termos do nosso Regulamento. Nem tampouco a sua interrupção importa na paralisação do processo produtivo, prova disso é que não há expedientes aos finais de semana e muitas empresas mantêm escritório em Salvador, distante da unidade produtiva.

Logo os bens utilizados para manter e dar conforto às atividades administrativas da autuada, tais como: aparelhos de ar condicionado, máquina de café expresso, geladeira, freezer, móveis, forno elétrico, painel elétrico, microcomputadores, impressoras, monitores, notebook, cartuchos de tinta, videocassete, etc., não têm nenhum vínculo com o processo produtivo do autuado. E como tais devem ser classificados como materiais de uso e consumo.

- Matérias para laboratório – são utilizados para dar suporte às análises químicas e físicas das materiais das matérias-primas e produtos, desenvolvidas no laboratório de controle de qualidade. Como exemplo: reagentes, soluções tampão, solventes, gases especiais, gelo seco, tubos de ensaio, pipetas, buretas, filtros, capelas, cromatógrafos, etc. Diz que o que garante a especificação dos produtos é o controle das condições de processo do mesmo, conseguido através da instrumentação e do grau de automação e instrumentação da planta. Nos casos mais críticos usam-se analisadores de linha para garantir a qualidade dos produtos.
- Partes e peças de reposição – são componentes de equipamentos que se desgastam ao longo do processo produtivo e têm de ser repostos de tempos em tempos para garantir o perfeito funcionamento dos equipamentos, como exemplos: rolamentos, gaxetas, brocas, elementos filtrantes, juntas, telas, facas, fusíveis, roldanas, lâminas, peneiras, mangueiras, pinos, disjuntores. Esta categoria também é citada nominalmente no Parecer PROFI 01/81: item 12 – “Em conclusão não podem ser considerados produtos intermediários as máquinas, ferramentas, equipamentos e suas partes ou peças de reposição...”.
- Materiais/produtos de segurança – esta categoria de itens não foi citada pelo autuado, são materiais e produtos utilizados para garantir a integridade patrimonial dos equipamentos e instalações, bem como a integridade física das pessoas envolvidas nas áreas de risco das indústrias, como exemplo: extratos geradores de espuma, mangueiras de combate a incêndio, extintores, bicos aspersores, botas de segurança, luvas, máscaras, óculos, capacetes e outros.

Afirmou que a infração 05 é apenas uma conseqüência do enquadramento dos itens listados na infração 04, que foram adquiridos em outra unidade da federação.

Relativamente à Infração 07, informou que o redutor é um equipamento que fica entre o motor e o eixo do reator e serve para reduzir a velocidade do motor, pois o reator necessita operar o seu agitador com velocidades mais baixas que as usualmente fornecidas por motores elétricos.

Assegurou que rolamento, mancal, eixo ou quaisquer outras peças que fazem parte destes equipamentos, se falharem, implicam em paralisação das atividades da planta industrial, porém, em seu entendimento, não dão direito ao crédito do ICMS, conforme já demonstrado na informação referente à infração 04.

Quanto ao restante dos itens elencados no Anexo 05, fl. 43, assegurou que trata-se de materiais de uso e consumo e a própria autuada não comentou nada sobre eles, que são: seringa hipodérmica, aparelho de ar condicionado e protetor auricular.

Ao final, opinou pela manutenção das infrações.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 4ª.JJF decidido que o mesmo encontrava-se em condição de ser instruído, devendo ser redistribuído ao relator.

Às folhas 200 a 202, o autuado encaminhou o Laudo Técnico, devidamente assinado pelo engenheiro responsável.

Ressalto que o julgador Álvaro Barreto Vieira, antes da leitura do relatório declarou-se impedido de participar do julgamento.

VOTO

Inicialmente quanto ao argumento de inconstitucionalidade da Infração 03, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Relativamente a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, em relação às infrações 04 e 05, a mesma não pode prosperar tendo em vista que o autuante acostou ao PAF o Anexo III, folhas 36 a 40, onde foram relacionadas às aquisições realizadas pelo autuado utilizando os referidos créditos, identificando o número da nota fiscal e o estado de origem, a alíquota, o nome do fornecedor, a base de cálculo, o valor do imposto e o produto, fato que possibilitou ao autuado exercer plenamente seu direito de defesa. Ademais, não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Quanto a preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo, a mesma não pode ser acolhida, tendo em vista que os fatos geradores ocorreram durante o exercício de 1998 e o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme legislação tributária em vigor.

Ultrapassadas as questões preliminares, passo a analisar o mérito das infrações.

Às infrações 01, 02, 06 e 08, foram reconhecidas pelo autuado, o qual informou que está providenciando pagamento das mesmas. Assim, não existe lide em relação às referidas irregularidades, razão pela qual devem ser mantidas.

INFRAÇÃO 3 – No referido item do Auto de Infração, foi consignado que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento, água potável e ar de serviço.

Em sua peça defensiva, o contribuinte, com relação ao produto água potável, reconheceu que a fiscalização classificou, de maneira correta, como sendo um bem de uso e consumo do estabelecimento. Desta forma, não resta dúvida que o autuante aplicou corretamente a legislação tributária do Estado da Bahia, a qual é respalda na Lei Complementar nº 87/96.

Quanto ao produto ar de serviço, o autuado não aceitou a classificação feita pelo autuante, como sendo material de uso e consumo do estabelecimento, pois, em seu entendimento trata-se de insumo.

Assim, torna-se necessário entender como o referido produto é empregado no processo industrial, para que possamos definir se estamos tratando de material de uso e consumo ou insumo produtivo.

De acordo com o Laudo Técnico acostado pelo impugnante, fls. 161 e 202, o ar de serviço é empregado de duas maneiras no processo industrial:

A primeira, como agente aerador nos vasos de pressão onde ocorre a reação química das matérias-primas (eteno, propeno, hidrogênio e buteno) que são transformadas no produto final industrial (polietileno). Os vasos de pressão são grande silos, totalmente vedados, sendo imprescindível a entrada de técnicos no interior da sua estrutura, para testar o seu funcionamento e verificar a existência de fissuras em sua estrutura. O ar de serviço é utilizado, em conjunto com dispositivos apropriados que podem fazer exaustão ou ventilação, para fazer uma aeração e condicionar o interior dos equipamentos para receber o ser humano, sem o qual o inspetor seria asfixiado pela falta de oxigênio.

A segunda, como força motriz (gerando energia) para equipamentos pneumáticos que são utilizados pela equipe de manutenção para colocar/apertar e retirar parafusos dos equipamentos sob manutenção.

Logo, o ar de serviço somente é utilizado quando a planta encontra-se parada para manutenção, ou seja, não tendo nenhum contato direto nem se integra ao produto final, quer seja quando é utilizado com força motriz ou quando usado como agente aerador nos vasos de pressão, sendo vedada a utilização do crédito nesta situação, conforme determina o § 1º, do art. 93, ao tratar das hipóteses de utilização de crédito fiscal, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“ Art. 93....

§ 1º Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

- a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;*
- b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou*
- c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso.”*

O procedimento do autuante foi correto, em relação ao produto água potável e ao ar de serviço, que não geram crédito do ICMS, uma vez que são empregados nos serviços de manutenção do estabelecimento industrial, tendo como finalidade a realização de reparos, recuperação e consertos diversos, visando restabelecer e preservar o funcionamento regular e permanente das máquinas e equipamentos da planta industrial, não podendo ser considerada como atividade fabril. Assim, à Infração 3, restou caracterizada.

INFRAÇÕES 04 e 05 – Serão analisadas em conjunto, tendo em vista que uma é decorrente da outra. Na primeira é indicada como irregularidade, a utilização indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento. Enquanto que na segunda, é apontada a falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Trata-se da glosa dos créditos decorrentes das aquisições de material para uso e consumo e bens do ativo fixo, vinculadas aos setores administrativo, laboratorial, partes e peças de maquinários e segurança, entre os eles temos:

- 1- Setor de laboratório: reagentes, soluções tampão, solventes, gases especiais, gelo seco, tubos de ensaio, pipetas, buretas, filtros, capelas, cromatógrafos;

- 2- Setor Administrativo: aparelhos de ar condicionado, máquina de café expresso, geladeira, freezer, móveis, forno elétrico, painel elétrico, microcomputadores, impressoras, monitores, notebook, cartuchos de tinta, videocassete;
- 3- Partes e peças de reposição –: rolamentos, gaxetas, brocas, elementos filtrantes, juntas, telas, facas, fusíveis, roldanas, lâminas, peneiras, mangueiras, pinos, disjuntores;
- 4- Materiais/produtos de segurança –extratos geradores de espuma, mangueiras de combate a incêndio, extintores, bicos aspersores, botas de segurança, luvas, mascarar, óculos, capacetes e outros.

Em relação aos produtos utilizados em laboratórios, o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, em reiteradas decisões, já consolidou o entendimento que os mesmos não geram direito ao crédito de ICMS.

A título de exemplo, transcrevo parte do voto do Conselheiro Ciro Roberto Seifert, lavado no ACÓRDÃO CJF Nº 0067-11/04, sobre o tema:

“Este, também, é o meu pensamento: os produtos líquido dispersante ou dispersante e dicolube e os destinados à análise de laboratório, por não terem vinculação direta com o processo de fabricação, participando, somente, de forma indireta, porque destinados a tratamento de água de refrigeração, lubrificação e controle de qualidade e pesquisa de novos processos, são enquadrados na categoria de material de consumo, cujo crédito fiscal somente será admitido a partir de 2007 (art. 33, I, da LC n.º 87/96, com a redação dada pela LC n.º 114/02), e estão sujeitos ao pagamento da respectiva diferença entre as alíquotas interestaduais e interna.”

Ainda como exemplo, cito o Acórdão CJF 0172-11/02, relatado pelo Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, que trata, entre outros temas, dos produtos aplicados em laboratórios, o qual transcrevo parte do voto:

“No entanto, os produtos relacionados ao tratamento de efluentes, limpeza do maquinário e das instalações da fábrica e aplicados em laboratório, em verdade são consumidos em função do processo produtivo e não no processo produtivo, posto que a finalidade dos mesmos ou é assegurar a manutenção ou o aumento da vida útil das máquinas e equipamentos da fábrica, a preservar a salubridade do ambiente ou possibilitar o controle de qualidade e pesquisa de novos processos. O consumo daqueles produtos não tem relação direta com a produção. Participam de forma indireta. Nessas circunstâncias, em que as citadas mercadorias, apesar de indispensáveis, não são objeto de consumo no processo produtivo ou na elaboração dos produtos finais, mas participam, por exemplo, do processo de manutenção dos equipamentos, impõe-se enquadrá-los na categoria de material de consumo, cujos créditos só estarão assegurados aos contribuintes a partir do ano de 2003, por força de disposição da Lei Complementar nº 99/99. Nessa linha de entendimento vem se posicionando o CONSEF, através de julgados reiterados, a exemplo das Decisões de suas Câmaras, consignadas nos Acórdãos nºs 0130/00, 0222/00, 1134/00, 1416/00, 1731/00 e 2667/00. Ao examinar a questão objeto da presente lide, os órgãos de Julgamento de segunda instância e a Câmara Superior, vêm decidindo, ainda que de forma não unânime, que é vedado o direito de crédito fiscal as aquisições de produtos destinados a tratamento de água com o objetivo de evitar a obsolescência precoce dos equipamentos industriais bem como o tratamento de resíduos e efluentes derivados do processo fabril.”

Neste mesmo sentido, o RICMS-97, em seu art. 97, III, “c”, veda, expressamente, ao contribuinte, salvo disposição em contrário, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de

mercadorias no estabelecimento, quando a operação de aquisição ou a prestação, se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Assim, entendo que as matérias e os bens empregados nas áreas administrativa, de segurança e as partes e peças de reposição, por não terem vinculação direta com o processo de fabricação, devem receber o mesmo tratamento dado aos bens e produtos destinados ao setor de laboratório, ou seja, não geram direito ao crédito de ICMS, devendo ser mantidas as infrações 04 e 05.

INFRAÇÃO 07 – Foi consignada a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento. Refere-se a Notas Fiscais de materiais de uso e consumo, que inicialmente foram lançados como tal no livro de Registro de Entradas e posteriormente foram lançadas diretamente no livro de Registro de Apuração sob as rubricas de “outros créditos” e/ou “estorno de débito”, conforme Anexo V.

Em sua defesa o autuado argumenta que os bens em discussão enquadram-se no conceito de ativo imobilizado, na medida em que possuem vida útil superior a um ano.

Em seguida passou a analisar, o bem adquirido através da Nota Fiscal nº 82, ao valor de R\$ 213.842,12, montante que, em seu entendimento, não se coaduna com os preços normais de aquisição de meros materiais de uso e consumo. Acrescentou que são engrenagens do redutor, substituídas a cada vinte anos, em média, tempo que começam a apresentar ruído acentuado, sinalizando um desgaste.

Entendo que os argumentos defensivos devem ser acolhidos, pois em função da vida útil ser em média de 20 (vinte anos), alegação que não foi contestada pelo autuante, e ao valor do referido bens, o mesmo não pode ser caracterizado como material de consumo. Logo, o valor da Infração 07, deve ser reduzido de R\$ 36.689,79 para R\$ 336,63.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$189.376,66, sendo procedente às infrações 1, 2,3, 4 ,5, 6 e 8, procedente em parte à infração 7.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281076.0008/03-4**, lavrado contra **POLIALDEN PETROQUÍMICA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$189.376,66**, sendo R\$114.137,60, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” e II, alíneas “a”, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$ 75.239,06, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” e II, “a” da citada lei, e demais acréscimos legais.

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, 11 de maio de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR