

PROCESSO - A. I. Nº 293575.1202/04-6
RECORRENTE - TRACON ENGENHARIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0110-02/05
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 15/09/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0303-11/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização do crédito fiscal referente à aquisição de peças de reposição de bens do ativo imobilizado ou material de consumo do próprio estabelecimento. Conforme Parecer DITRI os materiais não se tratam de produtos intermediários que participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição. Reduzido o débito em virtude de inclusão indevida de produtos considerados como intermediários. **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. Reduzido o débito. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão de 1ª Instância, referente ao Auto de Infração nº 293575.12/02/04-6, lavrado em 30/12/2004, para cobrar ICMS no valor total de R\$198.560,42, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$108.116,24, no período de outubro de 2003 a agosto de 2004, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 7 a 18.
2. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$90.444,18, no período de outubro de 2003 a agosto de 2004, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 19 a 25.

O autuado informa que labora o ramo de extração/produção de BRITA, resultante da transformação das rochas em estado bruto.

O autuado através do seu representante legalmente constituído discorreu sobre as etapas de produção, indo desde a extração da rocha bruta a sua transformação em brita, com o uso dos equipamentos adequados para o mister.

Dentre os materiais consumidos no processo de produção destacam-se: peças de reposição, óleos combustíveis e lubrificantes, energia elétrica, materiais explosivos.

Declara que os materiais acima referidos são matérias-primas, necessárias para a produção aludida, sendo, portanto, incorporados ao produto final, Brita.

Aduz que a aquisição de tais materiais lhes dá o direito ao crédito do ICMS sobre eles incidente, e para confortar seus argumentos, transcreveu os artigos 155, II, § 2º, XI e XII, da CF/88; artigo 1º, 2º, 4º, 19, 20, § 1º e § 3º, 21, 23, 24, 33, da Lei Complementar nº 87/96, enfatizando que tem direito aos créditos fiscais de que cuida a infração 01, em obediência ao princípio da não-cumulatividade, e que a única vedação ao creditamento resultante da não-cumulatividade constitucional é a referente aos casos de isenção e não incidência.

Apela a inconstitucionalidade do § 1º e incisos do artigo 29, dos incisos III e IV do artigo 30 e do artigo 31 da Lei Baiana, e as constantes do artigo 97, I, “c”, e o inciso XII do RICMS/97, por entender que os mesmos importaram limitações não previstas na Carta Magna.

Com esses argumentos, o defendente sustenta que tem direito a apropriação dos créditos de todos os materiais utilizados em sua produção, afastando qualquer argüição no sentido de descaracterizar os produtos adquiridos como insumos industriais, concluindo por afirmar seu direito a apropriação do crédito fiscal com relação à infração 1.

Com relação à infração 2, assevera que conforme esposado pela lei, pela Doutrina e pela Jurisprudência, os bens e materiais adquiridos para integração ao processo produtivo, como insumos/matérias-primas, sejam eles oriundos da Bahia ou de qualquer outro Estado, geram crédito para o adquirente.

No caso, sustenta o seu direito aos créditos fiscais, por entender que o débito decorrente do diferencial de alíquota foi compensado com parte do crédito resultante da aquisição do produto, tendo feito alguns exemplos comparativos entre o valor do diferencial de alíquota e o valor do ICMS a recolher pelo regime normal de apuração.

Por fim, salienta que caso não seja esse o entendimento do órgão julgador, considerando como procedentes as infrações, requer que seja aplicado o disposto no artigo 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96, relativamente à multa de 50%, pois todas as suas operações se encontravam escrituradas nos livros fiscais.

Ao final, requereu a declaração da improcedência da autuação.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 2.891 a 2.893, no tocante à infração 01, rebateu os argumentos defensivos transcrevendo o artigo 93, inciso I, alíneas “a” e “e”, do RICMS/97, ressaltando que os produtos objeto da autuação não são incorporados ao produto final, e não se trata de matéria-prima, bem assim, não são utilizados/consumidos diretamente na extração mineral, não atendendo ao disposto nas alíneas “b” e “a” do citado artigo.

Esclareceu que as mercadorias objeto da autuação incluem apenas peças de reposição/manutenção de máquinas, ferramentas, roupas de operários, equipamentos de proteção individual, dentre outros, conforme cópias das notas fiscais anexadas ao processo, materiais esses, que segundo o autuante não há como se apurar o consumo na etapa de produção, diferentemente do óleo diesel ou da dinamite que é possível saber-se a quantidade consumida na produção de uma tonelada de brita, por exemplo.

Esclarece que consultou a DITRI, sendo informado que, apenas, o óleo diesel, dinamite e brocas utilizadas na produção dão direito ao crédito, pois são consumidos e ou desgastados direta e integralmente no processo.

Tendo o autuante observado, que a empresa utiliza também suas máquinas em diversos serviços de engenharia que realiza (terraplanagem, construção civil, etc), não gerando direito ao crédito fiscal, pois tais serviços não são tributados pelo ICMS.

Quanto à infração 2, assinalou que o autuado reconheceu a procedência da autuação, porém argumentou que não há necessidade de pagar o diferencial de alíquotas, visto que o valor devido já seria compensado nas operações subseqüentes com o produto final. Não concordou com o

argumento defensivo dizendo que não está prevista na legislação a compensação da diferença de alíquota, pois a mesma não foi recolhida, além do fato de que não há essa compensação, uma vez que tais mercadorias não dão direito ao crédito fiscal conforme comentado na infração anterior.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal.

Em seu julgado, a JJF afirma que a controvérsia entre o entendimento da autuação e os argumentos defensivos, reside fundamentalmente em determinar-se qual a real utilização dos materiais no processo produtivo, de modo que seja possível considerá-los como material de uso e consumo ou como produtos intermediários.

Analisando a questão à luz do RICMS/97, informa a JJF que cumpre observar, que está previsto no § 1º do artigo 93, que 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 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.

No caso presente, acentua o relator, que os materiais constantes nos demonstrativos elaborados pelo autuante, são utilizados pela empresa como peças de reposição para carreta de perfuração; martelo pneumático; compressor de ar; explosivo; escavadeira; pá-carregadeira; caminhão basculante fora de estrada; britador de mandíbula; britador cônico; peneira vibratória; alimentador vibratório; e correia transportadora, além de ferramentas, roupas de operários, equipamentos de proteção individual. Portanto, verifica-se que tais mercadorias constituem materiais de uso e consumo do estabelecimento que não estão diretamente afetos, nem se desgastam no processo produtivo e, por este motivo, não encontram amparo na legislação citada, e não podem gerar o direito à utilização como crédito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição.

Merece registro, continua o ilustre relator da JJF, que embora o defendente tenha deixado de entender que foram incluídos insumos no levantamento fiscal, porém neste caso não foram considerados valores relativos a óleos lubrificantes, que geram o direito ao crédito fiscal. Conforme notas fiscais anexas aos autos, foram consideradas para fins da presente exigência fiscal peças de reposição assim classificadas: PEÇAS E PARTES PARA VEICULOS E TRATORES. Desse modo, observa que todos os materiais realmente não podem ser considerados como produtos intermediários, por não integrarem o produto final na condição de elemento indispensável a sua produção, pois se tratando de peças de reposição de máquinas, ferramentas, inclusive equipamentos de proteção individual, não são consumidos a cada etapa de produção, inclusive são reutilizados no processo industrial, e têm vida útil que varia de acordo com a sua utilização no maquinário, conforme o próprio autuado demonstrou em sua defesa.

Prosseguindo em sua análise, observa a Junta que o autuado tem perfeito conhecimento de que não tem direito a tais créditos fiscais, conforme lhe esclareceu a DITRI, atendendo a consulta por ele formulada.

Desta forma, conclui a JJF que é indevida a utilização de crédito fiscal, quando das entradas de ferramentas, peças e acessórios de máquinas e equipamentos utilizados no processo de extração e britagem de pedras, efetuadas pela empresa autuada.

Porém, sugere retificação no demonstrativo às fls. 7 a 25, pois o autuante incluiu, indevidamente, valores relativos a produtos considerados intermediários.

No tocante à infração 2, constata a JJF que se trata das mesmas mercadorias e foram adquiridas em outros Estados, para uso e/ou consumo do estabelecimento do autuado, sendo, pelas

considerações anteriores, considerado devido o imposto por diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, pelo que considera correta a autuação, conforme levantamento de fls. 19 a 25 do PAF, com as retificações inseridas pela Junta nas planilhas referenciadas.

Restando caracterizadas em parte as infrações. A multa que foi aplicada está condizente com a acusação fiscal, e tem previsão legal no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração, conforme novo demonstrativo de débito no valor de R\$191.245,04.

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente através do representante legalmente constituído, protesta contra a Decisão da 2ª JJF que manteve parcialmente o quanto estabeleceu o Auto de Infração. Tendo elaborado extenso documento onde está explicitado de forma minuciosa e didática todo processo produtivo, dando realce ao desgaste/consumo dos diversos materiais utilizados no processo que finalmente se “incorporam” ao produto final.

Estando desse modo, assevera o recorrente, assegurado o crédito do ICMS dos materiais intermediários consumidos ao longo do processo produtivo, bem como tem direito de não ser cobrado pelo imposto relativo ao diferencial de alíquotas incidente sobre os insumos, porque adimpliu todos os tributos referentes as suas próprias vendas, tendo recolhido, conseqüentemente, a totalidade das verbas de competência do Estado da Bahia, ainda que por via indireta, conforme diz ter demonstrado na impugnação.

A seguir o recorrente se estende na explanação sobre o Ordenamento Jurídico que outorga direito ao crédito ao ICMS, passando pelo art. 155 da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 87/96, além de citar ilustres juristas, Pareceres e decisões de diversas instâncias jurídicas, tudo para esmiuçar o conceito da não-cumulatividade do imposto.

Com as argumentações trazidas em seu Recurso Voluntário, o recorrente sustenta que tem direito aos créditos de todas as matérias e insumos citados na descrição do processo produtivo da empresa. Ao tecer considerações sobre o conceito de estabelecimento empresarial usa os artigos 1.142 e 1.143 do Código Civil de 2002, para argumentar que sendo o estabelecimento o conjunto dos bens que são reunidos para exploração de sua atividade econômica, as mercadorias destinadas ao uso/consumo do estabelecimento são aquelas destinadas à utilização administrativa em finalidades diferentes dos principais fins da empresa.

Ao finalizar, o recorrente pede a reforma da Decisão recorrida, com a declaração de improcedência do Auto de Infração, por se tratar de instrumento maculado por impropriedades nas duas infrações imputadas, sobretudo por considerar insumo e matéria-prima como bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento e, por último se apegar ao art. 42, inciso I, alínea “a” da Lei Estadual nº 7.014/96, para que no caso do CONSEF entender como devidas às infrações anotadas no Auto em comento, reduza as multas a 50%, por entender que todas as obrigações tratadas estão absolutamente escrituradas nos livros fiscais.

A representante da PGE/PROFIS manifesta-se considerando irretocável a Decisão da JJF, que providenciou a separação dos produtos intermediários e insumos, como no caso de oxigênio, acetileno e material explosivo. Aduz que os Pareceres exarados nos processos 033194/2004-9 e 0331197/2004, já houvera esclarecido o autuado que seu direito ao crédito se cingia, apenas, quanto, ao combustível, negando-lhe o direito a apropriar-se de créditos, no caso de peças em geral, quer para as britadeiras ou outros equipamentos auxiliares.

Conclui a ilustre procuradora negando o pleito do recorrente de redução da multa, por entender que a multa aplicada é a prevista especificamente na Lei nº 7.014/96, para utilização indevida de crédito fiscal.

Opinando finalmente pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Auto de Infração combatido pelo recorrente através do Recurso Voluntário interposto legalmente, trata de duas infrações flagradas pela fiscalização e definidas nos seguintes termos:

Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$108.116,24, no período de outubro de 2003 a agosto de 2004, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 7 a 18.

Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$90.444,18, no período de outubro de 2003 a agosto de 2004, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 19 a 25.

Negar o entendimento dos senhores julgadores de Primeira Instância seria desconsiderar o que está previsto no § 1º do art. 93 do RICMS/97, que trata do assunto da forma que segue: a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que 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.

Diante das evidências concordamos com os termos da Decisão recorrida.

A infração 2 está corretamente tipificada, sendo inclusive reconhecida pelo autuado, que argumentou a desnecessidade de pagar o diferencial de alíquota, pois haveria compensação nas operações subseqüentes, com o produto final. Tal assertiva não prospera, por inexistência de previsão legal.

Também aqui, concordo com os termos da Decisão recorrida.

Finalizo por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para reconhecer procedente em parte o Auto de Infração aqui analisado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** Auto de Infração nº 293575.1202/04-6, lavrado contra **TRACON ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$191.245,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS