

PROCESSO - A. I. Nº 206918.0005/04-7  
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTÁRTICA DO NORTE-NORDESTE S/A  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3<sup>a</sup> JJF nº 0265-03/05  
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO  
INTERNET - 25/10/2005

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0340-12/05

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Os bens objeto de comodato permaneceram, todo o tempo, sendo utilizados nas atividades do autuado. Não é cabível o cancelamento do crédito fiscal. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo e, da mesma forma, o escriturado sem a apresentação dos documentos fiscais originais. Exigência parcialmente subsistente, após análise das provas documentais trazidas aos autos. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS relativo a utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias destinadas a integrar o ativo permanente do estabelecimento, com imposto a recolher no valor de R\$80.650,25. Na descrição dos fatos foi indicado que o contribuinte utilizou crédito de mercadorias adquiridas para uso e consumo como se ATIVO fosse e, ainda, crédito de mercadorias do ativo, porém alheias à atividade do estabelecimento.

O autuado, em sua impugnação, inicialmente diz que a acusação de ter utilizado crédito fiscal de forma indevida está relacionada a dois eventos:

- de mercadorias adquiridas para uso ou consumo (como) se ativo fosse;
- de mercadorias do ativo, porém alheias à atividade do estabelecimento. Afirma que cada caso será analisado de forma individualizada.

No que se refere ao crédito indevido de mercadorias adquiridas para uso e consumo, diz que há discordância acerca da destinação de alguns bens adquiridos, em que os autuantes sustentam que são destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, e o autuado assevera que os mesmos são destinados ao ativo permanente da empresa.

Afirma que no seu entendimento os produtos relacionados no demonstrativo elaborado pelos autuantes são destinados “à manutenção das atividades do estabelecimento” em conformidade com o disposto no art. 93, V, “a” do RICMS/97 e não “destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação (art. 93, V”,b” do RICMS/97).

E ainda, que os bens adquiridos, tendo sido destinados ao ativo permanente do estabelecimento, não há infração, tendo em vista que o procedimento está de acordo com o disposto no art. 29, § 1º, I da Lei nº 7.014/96 fundamentado na LC Nº 87/96 que assegura “ao sujeito passivo o direito de creditar do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive destinada ao seu uso ou consumo”.

*ou ao ativo permanente*”, e se tratando de bens destinados ao ativo permanente, o direito do uso do crédito a partir de 01/11/1996.

Ressalta que os produtos relacionados no demonstrativo elaborado pelos autuantes não se enquadram na definição de bens de uso ou consumo previsto no RICMS/97 e sim destinados ao ativo permanente o que assegura a regular utilização do crédito fiscal.

Relativamente à acusação de que utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a bens do ativo permanente adquirido, por serem mercadorias “... *alheias a atividade do estabelecimento*”, afirma que os autuantes deturparam o conceito de bens do ativo permanente, pelo fato de que se trata de refrigeradores adquiridos pelo autuado e cedidos aos seus revendedores por tempo limitado para comercializar produtos industrializados pelo autuado, não restando dúvida de que os bens adquiridos estão vinculados à atividade empresarial e fazem parte do seu ativo permanente.

Diz que a classificação equivocada feita pelos autuantes viola as disposições regulamentares, a regra da não-cumulatividade e restringe de forma arbitrária o direito de utilizar o crédito fiscal.

Por fim, requer que seja acolhida a argüição de nulidade, ou seja, julgada improcedente a autuação.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fl. 221 a 224), discorrem sobre a autuação e dizem que, apesar do Auto de Infração indicar apenas como infração a utilização indevida de crédito fiscal, está subdividido em infringências de duas normas regulamentares do ICMS:

- a) aquisição para uso e consumo e,
- b) ativo alheio à atividade do estabelecimento.

Esclarecem que formularam consulta à DITRI sobre a questão da vedação do crédito de bens alheios à atividade do estabelecimento, tendo a mesma ratificado o seu entendimento conforme Parecer constante das fls. 26 a 28.

Dizem que a defesa refuta o lançamento baseando-se apenas no direito ao crédito de forma indistinta sob o ponto de vista do princípio da não-cumulatividade do ICMS, sem questionar os demonstrativos elaborados pelos autuantes e as mercadorias relativas ao crédito fiscal.

Afirmam que o autuado transcreve trechos do RICMS sem indicar os dispositivos legais que vedam a utilização dos créditos, a exemplo do art. 399, III, “a” e art. 97, IV, “c” do RICMS/97, que os transcreveu (fl. 371), os quais tratam da vedação de crédito do ICMS.

Dizem que a atividade do autuado é a “fabricação de cervejas e chopes” e não a locação de refrigeradores e outros equipamentos do gênero. Afirmam que não é admissível a utilização do crédito fiscal do ICMS vinculado a contrato de comodato amparado pela não incidência do imposto “*que embora pertençam ao ativo imobilizado destina-se a serviços alheios à atividade do estabelecimento*”, da mesma forma que os bens adquiridos para uso ou consumo.

Esclarecem que elaboraram diversos demonstrativos para evidenciar a utilização indevida de créditos fiscais e facilitar o entendimento por parte do contribuinte, defensores e julgadores:

- a) com a “*descrição das mercadorias cujo crédito foi devidamente utilizado*” (fl. 32 a 37);
- b) “*mercadorias cujo crédito não era devidos*” (fl. 38 a 43);
- c) demonstrativo resumo do crédito que deveria ser utilizado (fl. 31).

A 3ª JJF converteu o processo em diligência para que os autuantes refizessem o demonstrativo juntado às fls. 38 a 43, de modo que subtotalizassem por mês os valores do crédito indevido por código:

1. falta de apresentação de documentos;
2. relativo a material de uso ou consumo;

3. relativo a ativo alheio à atividade do estabelecimento.

Em atendimento ao solicitado, os autuantes acostaram ao processo às fls. 233 a 240 os demonstrativos nos quais os valores mensais de crédito indevido foram desmembrados por itens (falta de documentos; uso ou consumo e alheio à atividade).

Na assentada do julgamento em 20/04/05, a JJF decidiu converter o processo em diligência para que a Inspetoria Fazendária fizesse a entrega dos novos documentos juntados ao PAF pelos autuantes. A Inspetoria Fazendária notificou o autuado, conforme documento juntado às fls. 249 e 250 de 16/05/05 e, não tendo se manifestado no prazo concedido, devolveu o processo para julgamento.

Na assentada do julgamento, o representante do autuado suscitou a nulidade de parte da autuação, sob o argumento de que, embora constem nos demonstrativos juntados pelos autuantes às fls. 32 a 42, valores relativos à utilização indevida de crédito "por não apresentar NF", indicado com o código "1", tal irregularidade não foi mencionada no Auto de Infração, cerceando-lhe o direito de defesa.

Em seu voto a JJF inicialmente rejeitou o pedido de diligência e perícia fiscal feito pelo autuado, considerando que já se encontram no processo todos os elementos formadores de sua convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

Diz o relator em seu voto: "*Verifico que, efetivamente, não consta na descrição da infração (fl. 01), nem na descrição dos fatos, a acusação de que estava sendo exigido ICMS a título de crédito indevido pelo fato de o contribuinte não ter apresentado o documento fiscal correspondente. Embora os autuantes tenham indicado nos demonstrativos juntados ao processo dos valores de R\$947,56 e R\$342,14, no mês de janeiro de 2001 (fl. 38), totalizando R\$1.289,69, relativo às Notas Fiscais de nºs 13.933 e 13.934, e R\$52,32 no mês de abril de 2001, relativo à Nota Fiscal de nº 2.152 (fl. 39), não tendo sido indicado na descrição da infração, entendo que o autuado ficou impedido de se defender de tal acusação, portanto, acato o pedido de nulidade formulado pelo autuado, relativo ao ICMS exigido com a classificação do código "1", com valores exigidos de R\$1.289,69 e R\$52,32. Estes valores serão excluídos no demonstrativo de débito apresentado no final, porém represento à autoridade competente, como determina o artigo 156, do RPAF/99, para que proceda à renovação do procedimento fiscal a salvo de equívocos, em relação aos valores exigidos com a indicação do código 1.*"

No mérito, diz que "o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em razão de utilização indevida de crédito fiscal decorrente de três infringências à legislação do imposto, conforme demonstrativos acostados às fls. 38 a 43, que foram classificados em códigos "1", "2" e "3":

1. pela falta de apresentação da nota fiscal;
2. por se tratar de material de uso ou consumo;
3. por tratar-se de ativo alheio à atividade do estabelecimento.

Acatado o pedido de nulidade do primeiro item, quanto aos demais valores de crédito utilizado indevido relativo à aquisição de material de uso ou consumo, classificado no demonstrativo juntado às fl. 38 a 43 com o código "2" (material de uso/consumo), verifico que no referido demonstrativo foram relacionados: Disco de corte, Lubmax, Rolamento, Rotor, Luminárias, Sensor fotoelétrico, Válvula Dnafoss, Termômetro, Controlador de Temperatura, Filtro polidor, Cilindro, Cabo elétrico flexível, Telhas trapezoidal, Juntas, Flanges, etc.

Pela descrição dos bens acima relacionados, constata-se que, em se tratando de estabelecimento produtor de cerveja e chopes, constituem: peças de reposição que se caracterizam como material de uso (rolamento, rotor, filtro, juntas, flanges, disco de corte, lubmax, válvulas); material de uso empregado em imóveis por acesso física ou reposição dos mesmos (luminárias, sensor fotoelétrico, cabo elétrico, telhas) que não geram direito ao crédito (art. 93, V, "b" e 97, § 2º, III). Este é o entendimento que prevalece nas decisões proferidas neste CONSEF.

Dessa forma, considero indevida a utilização dos créditos destes bens, conforme demonstrativos juntados às fls. 233 a 236 classificados com o código 2.

No que se refere à utilização indevida de crédito de bens de ativo fixo alheios à atividade do estabelecimento, entendo que as regras estabelecidas no art. 97, IV, “c” do RICMS/97 não são aplicáveis ao caso, pois no momento da aquisição dos refrigeradores, o autuado embora não venha a utilizá-los diretamente no processo de produção de cervejas e chopes, ao emprestá-los em regime de comodato, preserva a sua propriedade e os mesmos são destinados à utilização na comercialização de seus produtos, arcando com a depreciação dos mesmos ao longo do tempo, o qual é resarcida com a margem de lucro proporcionalizada na comercialização. Após uma série de considerações, declaro entender que é assegurado ao contribuinte o direito ao crédito fiscal do ICMS referente aos bens adquiridos e cedidos em comodato, devendo ser excluído do débito exigido, conforme demonstrativo que elabora. Vota pela procedência em parte do Auto de Infração.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reitera os argumentos expendidos em sua defesa, para finalmente requerer a improcedência do item “2”.

A PGE/PROFIS, em extenso e bem elaborado Parecer, conclui pela manutenção da infração referente à utilização indevida de crédito fiscal de bens de uso e consumo e pela improcedência do item relativo a bens alheios à atividade da empresa, ressalvando quanto a este item, que lastreia seu entendimento em fundamentação diferente da esposada pelo CONSEF.

#### **VOTO VENCIDO**

A matéria residual do Auto de Infração, referente à definição e devida adequação do conceito de bens de uso e consumo, para efeito de utilização de crédito fiscal, é bastante conhecida e deveras controvertida neste Conselho de Fazenda, objeto que tem sido de várias decisões divergentes. O meu entendimento é no sentido de que os bens arrolados no processo são destinados ao ativo permanente da empresa, pois essenciais à manutenção das suas atividades industriais, não tendo por finalidade a comercialização, ou industrialização, não são consumidos nem integram o produto final, obedecendo rigorosamente o disposto no artigo 29 § 1º, I, da Lei nº 7014/96, que assegura em casos tais, o direito ao crédito tributário.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para modificando a Decisão recorrida, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

#### **VOTO VENCEDOR**

Discordo do entendimento externado pelo ilustre relator no que tange aos créditos fiscais decorrentes de materiais de uso e consumo, conforme passo a me pronunciar.

Uma análise das mercadorias arroladas no demonstrativo de fls. 38 a 43, com o código “2”, evidencia que as mesmas não podem ser classificadas como bens do ativo permanente, pois elas (discos de corte, rolamentos, rotores, luminárias, sensores fotoelétricos, válvulas, termômetros, controladores de temperatura, filtros polidores, cabos elétricos flexíveis, etc.) possuem as características de bens instrumentais, não são de permanência duradoura e não se destinam ao funcionamento da empresa. Essas mercadorias são peças de reposição e de manutenção de máquinas e equipamentos, não possuem vinculação direta com o processo produtivo do recorrente, não integram o produto final e não são consumidos, inutilizados, gastos ou destruídos a cada processo produtivo.

Como acertadamente entendeu a Junta de Julgamento Fiscal, as mercadorias em questão são classificadas como material de uso e consumo do estabelecimento e, portanto, não geram direito à utilização do crédito fiscal, conforme a legislação atualmente em vigor.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206918.0005/04-7, lavrado contra **INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTÁRTICA DO NORTE-NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.376,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

**VOTO VENCEDOR:** Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Nelson Antonio Daiha Filho, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

**VOTO VENCIDO:** Conselheiros Fauze Midlej e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2005.

TOLSTÓI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA GE/PROFIS