

A. I. N° - 273167.0007/06-0
AUTUADO - CARAÍBA METAIS S/A
AUTUANTE - LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 28/09/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0278-05/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Imputação reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DE CONSUMO. Mantida a exigência, em face da comprovação de que as mercadorias são tributadas. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Infração comprovada. Os créditos devem ser glosados conforme reiterada jurisprudência do CONSEF e em obediência ao princípio da não-cumulatividade que vincula o direito de crédito fiscal ao fato das entradas tributadas se relacionarem a saídas também tributadas. **b)** IMPOSTO APROPRIADO A MAIS DO QUE O CONSTANTE EM DOCUMENTO FISCAL. Infração não contestada. **c)** IMPOSTO LANÇADO EM DUPLICIDADE. Infração confessada. **d)** ATIVO FIXO ALHEIO A ATIVIDADE. A Vedada pela legislação estadual a utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de materiais por acesso física que irão integrar o ativo permanente do estabelecimento. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA PESSOA CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE OU OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Estando o destinatário localizado em outro Estado e não sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 04/05/2006, para exigir ICMS no valor de R\$1.091.289,85, acrescido da multa de 60%, decorrente de:

1. Recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no valor de R\$1.022.319,79, referente aos meses de maio a novembro de 2004, em razão da utilização de crédito presumido, em fruição ao benefício fiscal intitulado de PROCOBRE, em montante superior ao permitido pelo Decreto de nº 7.699/99;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, com fatos geradores no exercício de 2004, exigindo-se imposto no valor de R\$26.761,53;
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$10.431,82, relativo à apropriação de crédito fiscal em montante superior ao destacado em documento fiscal, com fato gerador em outubro de 2004;

4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.619,66, referente a aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento (óleo lubrificante e cal virgem), vinculada aos meses de janeiro, agosto e dezembro de 2004;
5. O mesmo do item anterior porém com a distinção de que o fato gerador deu-se pelo lançamento em duplicidade de documento fiscal destinado a uso ou consumo do estabelecimento, lançando imposto no valor de R\$1.846,97, referente ao mês de maio de 2004;
6. Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consignou o autuante que as operações eram relativas às saídas de escórias, sucata de chumbo e vergalhão industrializado, com valor agregado, importando na exigência de imposto no valor de R\$12.779,73, relativo aos meses de janeiro e março a dezembro de 2004;
7. O mesmo do item 4 (material de uso e consumo). Anotou o autuante que as mercadorias foram apropriadas indevidamente como ativo imobilizado da empresa – R\$5.208,32 (exercício de 2004-CFOP -1.550) e
8. O mesmo do item anterior –R\$10.322,03 (exercício de 2004 CFOP -2.550).

Às fls 124 juntou-se aos autos Pedido de Autorização para Lavratura de Auto de Infração Parcial, uma vez que segundo o autuante havia a possibilidade do pronto pagamento de alguns itens autuados. O pedido foi deferido pelo Inspetor Fazendário pertinente e em 22/05 deste foi pago o valor de R\$1.438.860,37, conforme documento às fls 127. Mensagem eletrônica encaminhada por preposto da autuada às fls 125 manifestou o reconhecimento das infrações 1, 3 e 5.

A autuado apresentou defesa, às folhas 131/140, impugnando o lançamento tributário, inicialmente, reconhecendo a procedência das infrações 01, 03 e 05, esclarecendo que já havia quitado esses débitos.

Quanto à infração 02, argumenta que as operações autuadas estavam abrangidas pela não incidência do imposto, e que por essa razão, não era devida a pretensão fiscal pela diferença entre a alíquota interna e as interestaduais. Fundamentou seu pleito no art. 7º, III, do RICMS-BA/97.

Com relação às aquisições de Cal Virgem, mercadoria autuada na infração de nº 04, explicou que o produto é utilizado no tratamento de efluentes, procedimento obrigatório a toda indústria. Ressaltou que todos os Estados da Federação têm reconhecido o direito dos contribuintes a esses créditos. Transcreveu trechos da decisão normativa CAT 1, do Estado de São Paulo, e da Apelação Cível nº 000.192.232-7/00 nesse sentido. Colacionou aos autos também ensinamento da Professora Sônia Rocha, do Departamento de Engenharia Química da Universidade Federal de Minas Gerais, concluindo que o tratamento de efluentes é mais uma etapa do processo industrial. Ressaltou o contribuinte que demonstrada a vinculação do tratamento de efluentes no processo industrial, caía por terra o fundamento em que se apoiava a autuação ora combatida.

Esclareceu que utilizou os créditos fiscais dos bens destinados ao seu ativo imobilizado, entendendo este como bens destinados à manutenção de suas atividades, com base no art. 93, V, “a” do RICMS-BA/97, exercendo assim seu legítimo direito.

Disse quanto a infração 6, que a infração foi pelo contribuinte, segundo consta na acusação, ter destinado as mercadorias constantes nas notas fiscais ali arroladas a não contribuintes do imposto, e dessa forma, aplicado a alíquota de 12% nessas operações, ao invés de 17% , como assim determina o art. 50, I, do RICMS-BA/97. Reclamou que foram anexadas apenas três notas fiscais dos 178 documentos fiscais autuados. Entendeu também que as páginas do cadastro SINTEGRA, juntado aos autos como prova de que os destinatários eram não contribuintes do ICMS, não constituem prova hábil. Afirmou que o autuante ao agir dessa maneira descumpriu os termos do art 28 do Decreto de nº 7629/99.

Às fls 155/182 anexou-se descrição do processo produtivo de cobre da autuada, sem autoria declarada.

Na informação fiscal, fls. 347/361, o autuante contestou os argumentos defensivos seguindo a ordem das infrações constantes na autuação, salientado que na infração 02 as operações se

sujeitavam à tributação pelo ICMS. Explicou que como os emitentes eram empresas optantes pelo Simples Paulista, o imposto não estava destacado nas notas fiscais, uma vez que a legislação desse Estado, assim como da Bahia, veda o destaque do imposto nos documentos emitidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, embora houvesse referência ao “ICMS incluso no preço” e “base de cálculo”, conforme se vê às fls 37/38 do PAF. Sustentou que a defesa não apresentou as provas que alegava dispor, apesar de regularmente intimada.

Informou que o direito ao crédito fiscal não se constitui um direito autonomamente consagrado pela Constituição Federal, mas sim um instrumento legal cuja finalidade é operacionalizar o princípio da não cumulatividade, e tem como condição a ocorrência de operação subsequente tributada. Assinalou que o RICMS-BA/97, em seu art. 93, I, “b”, torna indispensável ao creditamento que as aquisições tenham por finalidade o emprego no processo de industrialização, sem o que o crédito fiscal será indevido. Transcreveu o §1º do referido artigo para inferir que a participação no processo produtivo deve ser de tal monta, que mercadoria seja assim considerada elemento indispensável ou necessário à industrialização, integrando o produto final.

Refutou o argumento de ser a Cal Virgem utilizada no processo produtivo, acrescentando que essa mercadoria é empregada no tratamento de efluentes sólidos e líquidos, não objetivando, portanto a produção industrial. Lembrou que a empresa já foi autuada em relação à infração, sendo a acusação julgada procedente pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal e confirmada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, transcrevendo as aludidas ementas. Salientou que a própria autuada reconheceu a procedência do lançamento fiscal em outro auto de infração, de nº 273167.0001/04-5, recolhendo o valor exigido sem sequer contestar. Disse que quanto aos demais itens (uso ou consumo), a empresa apresentou alegações genéricas, limitando-se a defender o direito dela a se creditar das mercadorias destinadas à manutenção de sua atividade. Listou as peças de reposição, constantes na acusação como para uso ou consumo, acrescentando que essas não podem ser enquadradas como bens do ativo imobilizado, uma vez que se destinam à substituição de outras e a vida útil dessas é breve. Informou que a longevidade da vida útil das peças é requisito previsto no Regulamento do Imposto de Renda para integrar ao ativo imobilizado.

Para as demais mercadorias, esclareceu tratar-se de materiais empregados em obras de engenharia (cimento e outros), não gerando direito ao crédito do imposto por força do art. 97 RICMS-BA/97. Trouxe aos autos doutrina sobre o conceito de imóvel por acessão física, bem como julgados deste Conselho de Fazenda (CONSEF), pela procedência de autuações sobre a utilização de materiais adquiridos para obras de manutenção ou engenharia.

No tocante a infração 6, afirmou que das 178 notas fiscais arroladas nesta acusação, 176 eram relativas à saída de escória destinada a não contribuinte do ICMS, uma referente a serviço cobrado na industrialização por encomenda (fls 65), quando a empresa deveria ter utilizado a alíquota de 12% ao invés de 7%, e outra vinculada a saída de sucata de chumbo (fls 67), a qual não foi tributada. Observou que nas notas fiscais destinadas a não contribuintes o campo referente à Inscrição Estadual encontrava-se sem preenchimento ou com a menção que se tratava de “isento”. Argumentou que todas essas tinham como destinatários empresas de jateamento de navio, prestadoras de serviços, e por essa razão, não inscritas no Cadastro Estadual de Contribuintes. Estranhou a contestação dessa infração, uma vez que em auto de infração anterior, o de nº 273167.0001/04-5, a empresa havia reconhecido a procedência de autuação por esse motivo. Refutou a alegação defensiva sobre a não juntada das notas fiscais autuadas, ressaltando que os documentos fiscais mencionados foram emitidos pela própria empresa e encontra-se em posse da autuada.

VOTO

O sujeito passivo tributário apresentou uma preliminar de nulidade na infração de nº 6 (recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de escórias, sucata de chumbo e vergalhão industrializado), tratando de modo implícito esta arguição, quando reclamou que foram anexadas apenas três notas fiscais dos 178 documentos

fiscais autuados. Tenho que o contribuinte manifestou desconforto com esse procedimento por parte do autuante, entendendo ter havido prejuízo a sua defesa. Como esses documentos fiscais foram emitidos pela própria empresa, e o próprio contribuinte está de posse das citadas notas fiscais, julgo que não houve prejuízo algum a defesa. Esta dispôs do tempo regulamentar para apresentá-los se assim lhe aprouvesse, não havendo por essa razão descumprimento ao art 18 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), o qual trata das nulidades.

Constato que a autuada reconheceu a procedência das infrações de nº 01, 03 e 05, efetuando o pagamento desses débitos. Como se trata de direitos disponíveis é facultado a parte transigir com a questão objeto da lide, como assim ocorreu para as citadas infrações no caso em comento. Resta ao julgador, em não se apurando violação ao interesse público, apenas reconhecer a desistência e solicitar a homologação dos valores pagos, o quê agora faço. Em sendo assim, julgo procedentes essas infrações, recomendando à Inspeção Fazendária pertinente a homologação dos valores recolhidos.

A autuada alegou quanto à infração 02 que as operações autuadas estavam abrangidas pela não incidência do imposto, e que por essa razão, era indevida a pretensão fiscal pela diferença entre a alíquota interna e as interestaduais. Da análise do demonstrativo fiscal referente a esta infração (fls 24/32) percebo que se tratam de mercadorias para uso ou consumo do estabelecimento, como Capas de Chuva, Blusão PVC, etc, mercadorias assim tributadas. Das notas fiscais juntadas ao PAF (fls 33/39) não se tem que as mesmas estão fora da incidência do imposto, apenas se evidencia que os emitentes estavam à época da comercialização dessas notas fiscais, sujeitos a regime tributário simplificado, ou seja, as operações eram tributadas, porém a carga tributária incidente nessas, por disposição constitucional, era mais favorável ao emitente. Mantenho assim a autuação em seu valor integral.

As infrações de nº 4,7 e 8 foram rebatidas pela autuada por meio de alegações genéricas, com exceção apenas da mercadoria Cal Virgem, cuja argumentação foi específica. A empresa alegou que a mercadoria Cal Virgem é utilizado no tratamento de efluentes do autuado, e que esse tratamento é uma mais uma fase de seu processo industrial, cabendo, portanto a utilização dos créditos fiscais nas notas fiscais que acobertaram as aquisições dessas mercadorias. Este CONSEF, cumprindo ao disposto na LC 87/96, Lei nº 7.014/96 e no próprio RICMS-BA/97, tem se manifestado, com o qual concordo inteiramente, pela rejeição dos créditos fiscais relativos aos materiais utilizados no tratamento de efluentes, conforme transcrições parciais dos acórdãos abaixo:

ACÓRDÃO CJF Nº 0067-11/04

*EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Modificada a Decisão. Vedada a utilização de crédito fiscal relativo a **material destinado a tratamento de efluentes** e manutenção de equipamentos.*

ACÓRDÃO CJF Nº 0021-11/03

VOTO

[...]

*Acerca dos itens 1, 2 e 3, constato que o recorrente descreveu como os materiais são consumidos no processo de produção e a alegação do direito ao crédito fiscal dos aludidos materiais como sendo: TUBO DIN 2440; ARGILA; CAL HIDRATADA; CALCITA, **CAL VIRGEM**, CALCÁRIO, SODA CÁUSTICA, CANALETA, SOLUÇÃO ASPLIT. E da descrição dos mesmos, conclui-se que parte desses materiais são utilizados no tratamento de efluentes e outros que embora sejam insumos, não se caracterizam produtos intermediários porque não são consumidos no processo industrial integrando o produto final, e a sua participação no processo industrial tem a função de manter e proteger os equipamentos, a exemplo das canaletas de cobre.*

Assim, os valores glosados resultam da vedação ao crédito inserta nos incisos II e IX do RICMS/97. Ademais, corrobora neste sentido o entendimento reiterado deste CONSEF quanto ao creditamento indevido de hipóteses semelhantes que ora cito a exemplo: Resolução nº 4776/97, Acórdão nº 1731/00 da CS (Acórdão nº 0469/00 da 1ª CJF), Acórdão nº 0222/00 da CS

(Resolução nº 4296/97) e Resolução nº 1978/99 (item 21), dentre outros, citados inclusive pelas autuantes na Informação Fiscal.”

ACÓRDÃO CJF 0172-11/02

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. 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.”

Restou evidenciado que a “Cal Virgem” foi aplicado no tratamento de efluentes, conforme assim dito pela própria autuada, não se integrando ao produto final, e que são reiteradas as decisões deste CONSEF, vedando a utilização de crédito fiscal nas aquisições interestaduais destas mercadorias.

Este fato – a utilização de crédito fiscal nas aquisições de “Cal Virgem” é tido como infração, de acordo com o § 1º, do art. 93, do RICMS-BA/97. Assim, verificado a ocorrência do fato material e a existência de norma impositiva definindo o mesmo como infração, decido pela permanência da infração para essa mercadoria.

Quanto as demais mercadorias, ressalto que o mérito também se prende sobre a discussão quanto a natureza do crédito fiscal – se possui natureza financeira, sendo apropriado como tal toda e qualquer aquisição ou se está vinculado estritamente ao processo produtivo ou atividade econômica do contribuinte. O sujeito passivo tributário sustentou que essas mercadorias foram destinadas à manutenção de suas atividades, fundamentando a utilização do crédito fiscal no art. 93, V, do RICMS-BA/97. Saliento que na estrutura jurídica vigente do ICMS só é possível o aproveitamento dos créditos fiscais das mercadorias empregadas diretamente na industrialização e que integrem o produto final, seguindo-s assim ao § 1º, do art. 93, do RICMS-BA/97, que tem o seu fundamento jurídico na Lei 7014/96, na LC 87/96, e por fim, na Constituição Federal. Como bem dito pelo autuante, o direito ao crédito fiscal não se constitui um direito autonomamente consagrado pela Constituição Federal, mas sim um instrumento legal cuja finalidade é operacionalizar o princípio da não cumulatividade, e tem como condição a ocorrência de operação subsequente tributada.

A Constituição Federal em seu art. 155, XII, “c”, dispõe que caberá a Lei Complementar (no caso, a de nº 87/96) disciplinar o regime de compensação do imposto. Nesta, vê-se da leitura do art. 20, §3º, que é vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento para consumo. O RICMS, apenas seguiu esta visão, esposada no art. 97, I, do aludido regulamento. Assim, o creditamento de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, e que por essa razão não serão utilizadas diretamente na produção, como é a situação em comento, é vedado pela sistemática vigente. Mantenho assim estas infrações, 4,7 e 8, em seus valores originalmente exigidos.

Saliento que o Estado da Bahia tem competência para legislar sobre os impostos de sua alçada e

que a alusão à legislação de outros Estados ou a decisões judiciais deve ser vista apenas como mera ilustração, não implicando em aceitação dessas arguições por parte desta JJF.

Esclareço também que os materiais empregados em obras de engenharia (cimento e outros), embora não se tratem de material de uso e consumo, mas sim imóveis por acessão física, não geram direito ao crédito do imposto por força do art. 97, III, §2º, do RICMS-BA/97, uma vez que este dispõe taxativamente que tais imóveis são considerados alheios à atividade do estabelecimento. Este artigo decorre do fato de que tais materiais não são utilizados na produção, não havendo motivo para a autuada se valer dos créditos fiscais constantes nos documentos autuados.

No tocante a infração 6, esclareço que vários fatos compõe a situação em exame, a saída de escória destinada a não contribuinte do ICMS; serviço cobrado na industrialização por encomenda, quando a empresa deveria ter utilizado a alíquota de 12% ao invés de 7%, e por fim, a saída de sucata de chumbo, a qual não foi tributada. Para esses dois últimos, a prova foi trazida aos autos e não houve a apresentação de contraprova mostrando que o valor agregado foi tributado ou que a mercadoria saiu com tributação. A acusação mostra-se assim irrefutável. Quanto à destinação a não contribuintes, a juntada de informações do sistema SINTEGRA é sim uma prova. O convênio ICMS 20/00 e o ATO COTEPE 35/02 disciplinam a troca de informações cadastrais entre os órgãos fazendários, tornando essa apenas um reflexo do constante nos cadastros de cada Secretaria de Fazenda. A prova também veio da ausência de informações no campo referente à Inscrição Estadual ou com a menção que se tratava de “isento”, bem como do fato de que os destinatários eram empresas de jateamento de navio, prestadoras de serviços, e por essa razão, não inscritas no Cadastro Estadual de Contribuintes. Robustecendo todo esse conjunto probatório, tem-se que infração idêntica a essa foi reconhecida pela empresa, em auto de infração anterior, o de nº 273167.0001/04-5.

Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação para exigir ICMS no valor de R\$1.091.289,86, acrescido da multa de 60%, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 273167.0007/06-0, lavrado contra **CARAÍBA METAIS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.091.289,86**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “a” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR