

PROCESSO - A. I. N° 278996.0003/12-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MFX DO BRASIL EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA. (MFX DO BRASIL LTDA.)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0164-04/13
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 28/03/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0065-11/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. **a)** AQUISIÇÕES INTERNAS. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. Diligência fiscal comprovou que se trata de materiais que integram o produto fabricado e correto a utilização do crédito fiscal. **c)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS QUE AUTORIZAM O CRÉDITO. Documentos fiscais juntados com a defesa comprova a regularidade dos créditos fiscais. Mantida a Decisão pela improcedência das infrações 1, 2 e 9. 2. SUBSISTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** DIFERIMENTO. ENTRADA DE REFEIÇÕES PARA CONSUMO DE FUNCIONÁRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Excluído valor relativo a nota fiscal emitida por contribuinte que possui Regime Especial que exime a responsabilidade por substituição tributária do estabelecimento autuado. Mantida a Decisão pela procedência em parte. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que os materiais integram o produto fabricado. Mantida a Decisão pela improcedência da infração. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. Não há pertinência da irregularidade apontada com o seu enquadramento. Mantida a nulidade da infração, por não conter elementos que determine, com segurança, a infração e o infrator. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que desonerou o valor total exigido nas infrações 1, 2, 3, 4 e 9, e parte do valor da infração 7, demandado no Auto de Infração lavrado em 28/06/12, para exigir ICMS no valor de R\$343.422,73, acrescido de multas de 50 e 60%, sendo objeto do Recurso as infrações:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente aquisição interna de material para uso e consumo do estabelecimento (2008/2009) - R\$10.111,94. Multa: 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente aquisição interestadual de material para uso e consumo do estabelecimento (2008/2009) - R\$110.748,13. Multa: 60%;

3. Deixou de recolher ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (2008/2009) - R\$159.271,72. Multa: 60%;
4. Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, por utilizar notas fiscais de prestação de serviço em mercadoria com incidência de ICMS. (2008/2009) - R\$37.901,16. Multa: 50%;
7. Deixou de recolher ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Falta de Retenção do imposto deferido sobre refeições (2008/2009) - R\$7.130,63. Multa: 60%;
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do documento fiscal comprobatório do direito ao crédito (2008/2009) - R\$12.884,27. Multa: 60%.

Com relação ao julgamento destas infrações a 4ª JJF, na Decisão ora recorrida fundamentou:

Por se tratar de mesma situação, insurge-se conjuntamente contra as infrações 1 e 2 (crédito indevido por aquisição de material para uso e consumo) e infração 3 (falta de recolhimento de ICMS DIFAL).

Essas infrações têm suporte nos demonstrativos de fls. 13-14 (infração 01), 15-17 (infração 2) e 18-20 (infração 3) relacionando diversos itens utilizados no processo produtivo do contribuinte que, essencialmente, se constitui na fabricação de “umbilicais” destinados à exploração de petróleo em alto mar. A discussão sobre elas envolve entendimento divergente do autuante e contribuinte quanto ao direito ao crédito fiscal do ICMS destacado nos documentos de aquisição (infrações 1 e 2) e obrigação de pagar ICMS por DIFAL (infração 3). O autuante entende tratar-se de materiais usados no processo produtivo como de uso e consumo e o Impugnante, fazendo minuciosa descrição da utilização e afetação dos materiais objeto da autuação no processo produtivo defende o direito ao crédito fiscal por ser matéria-prima, insumo ou produto intermediário.

Para o caso, o direito ao crédito fiscal em disputa deve ser conforme disposição legal abaixo.

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

- a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;*
- b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;*

§ 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; e*

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.

Tendo em vista a subjetividade que envolve a questão já que dependendo do processo industrial o que é material de uso e consumo em um pode ser matéria-prima, insumo ou produto intermediário em outro, ou vice-versa, para se conferir a afetação dos itens objeto da glosa, oferecendo precisos parâmetros para o trabalho, conforme pedido de fls. 352 o PAF foi convertido em diligência à ASTEC para que “in loco” verificasse a afetação das mercadorias objetos da autuação. Centrado nos parâmetros orientados na forma da disposição legal acima transcrita, conforme Parecer 039/2013 (fls. 354-358), o Auditor Fiscal diligente atestou razão

caber ao contribuinte no que diz respeito à afetação das mercadorias no processo produtivo da empresa autuado, qual seja, em resumo, que os materiais empregados preenchem as condições previstas no inciso I do §1º do art. 93, do RICMS/BA por estarem vinculados à industrialização e comercialização da empresa, são consumidos no processo produtivo e integram o produto final (umbilical). Portanto, acolhendo o Parecer ASTEC citado, constato a insubsistência das infrações 1, 2 e 3, frente à legislação tributária da espécie.

Infrações 1, 2 e 3, improcedentes.

Infração 4 - Essa infração acusa falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar de operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Tem suporte no demonstrativo de fls. 21-24 e as notas fiscais das fls. 83-102.

Ocorre que independentemente da questão de direito que tais documentos envolve, qual seja, serem relativos a prestações e fornecimento de material tributável ou não pelo ICMS, as notas fiscais são de emissão de terceiros. Portanto, notas fiscais de entrada que, em sendo tributáveis pelo ICMS, também ensejadoras de crédito fiscal ao autuado. Em vista disso, não percebo o sentido da exigência fiscal na forma legal em que a infração foi enquadrada, ou seja, falta de recolhimento do imposto no prazo legal, subtendendo-as como notas fiscais de saída emitidas pelo contribuinte autuado (RICMS-BA: art. 124, I).

Deste modo, com fundamento no art. 18, IV, “a” do RPAF, declaro nula essa exigência tributária fiscal por não ver no lançamento correspondentes à infração elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, ao tempo que, com fundamento no art. 156 do RPAF represento à autoridade competente para, ser o caso, instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas. Infração nula.

Infração 7 - Tendo em vista que corretamente o autuante excluiu a NF 15615 em face do Regime Especial do fornecedor como solicitado pelo Impugnante, a infração resta subsistente no valor restante que foi reconhecido pelo contribuinte. Assim, excluindo a NF 15615 do demonstrativo da infração (fls. 26-28), o valor exigido fica ajustado de R\$7.130,63 para R\$4.482,35.

Em consequência da exclusão, o demonstrativo de débito fica ajustado apenas na ocorrência de 31/12/2009 que passa de R\$3.770,28 para R\$1.122,00. Infração procedente em parte.

Infração 9 - O Impugnante trouxe aos autos as notas fiscais tidas como não apresentadas na ação fiscal e que fundamentou a autuação. Ademais, do mesmo modo que as infrações 1 e 2 e 3 o Parecer da diligência efetuada pela ASTEC comprova que os itens constantes das notas fiscais listadas para essa infração na informação fiscal, não são material de uso e consumo como acusa o autuante. Infração improcedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

A 4ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF (art. 169, I, “a”, do RPAF/BA).

VOTO

As infrações 1 e 2 acusam utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de material de uso ou consumo e a infração 3 do diferencial de alíquota pertinente aos mesmos produtos.

A 4ª JJF fundamentou sua Decisão, pela Improcedência destas infrações, tendo como suporte o resultado da diligência no Parecer ASTEC 39/13 (fls. 354-358), no qual foi atestado que os produtos objeto da autuação são consumidos no processo produtivo e integram o produto final (umbilical).

Verifico que a Decisão recorrida acatou a tese defensiva de que os produtos relacionados nos demonstrativos de fls. 13 a 20 são utilizados na fabricação de cabos umbilicais utilizados no processo de extração de petróleo no mar.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que de acordo com as fotos juntadas pela empresa e descrição do processo de fabricação de “umbilicais” e também pelo diligente (fls. 202 a 206 e 359 a 361), os produtos máster batch, cola, cordas, abraçadeiras, capuz e fluido hidráulico integram o produto final. Já ao produto fita plástica integra o produto (vide fls. 204 e 205) e também é utilizado como embalagem (fl. 207).

O produto “receptáculo para Dual Hot Stab – NF 15643”, embora não tenha sido analisado pelo diligente (fls. 357/358), conforme descrito pela empresa, tem como função fazer a “conexão dos

Stabs" (fl. 179), montado dentro da caixa de passagem, que é “fornecida para o cliente” (fl. 206).

Portanto, considero correta a Decisão de que os materiais empregados preenchem as condições previstas no inciso I do §1º do art. 93, do RICMS/BA por integrar o produto final industrializado.

Observo ainda que o demonstrativo elaborado pela fiscalização contempla notas fiscais com descrição de “materiais de teste de desenvolvimento” e “materiais diversos” (3562, 3817 e 341 – fls. 14, 17 e 361) que não foram objeto de verificação, quanto a sua função, na diligência realizada.

Entendo que a fiscalização deveria fazer prova de que tais materiais (teste e diversos) foram destinados a uso e consumo, o que não se sabe, tendo em vista não ter descrito os materiais consignados nas notas fiscais. Como não foi trazido ao processo qualquer prova, resta dúvida se são de fato materiais destinados a uso, como consta na acusação, ou produtos que integram o produto final (umbilical), cujo crédito fiscal seria regular.

Neste caso, diante da dúvida das circunstâncias materiais do fato e extensão dos seus efeitos, considero correta a Decisão favorável ao contribuinte (art. 112 do CTN), pela Improcedência das infrações 1, 2 e 3.

Quanto à infração 4, julgada nula com fundamento de falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, a mesma acusa falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar de operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Conforme conteúdo do voto, o demonstrativo de fls. 21/24 relaciona notas fiscais de entradas emitidas por terceiros (fls. 83 a 102), envolvendo prestação de serviço e fornecimento de material.

Dessa forma, conforme decidido na primeira instância, não há pertinência da irregularidade apontada (falta de recolhimento de ICMS relativo a operações escrituradas) com o seu enquadramento. Fica mantida a Decisão pela Nulidade da infração, ressalvando que a autoridade fazendária pode renovar o procedimento fiscal à salvo de falhas, obedecido o prazo decadencial.

No tocante à infração 7, constato que a Decisão ora recorrida fez a exclusão do valor exigido relativo a NF 15615 [16.115 – fl. 28] em razão do fornecedor de refeições possuir regime especial (fls. 222/224). Como se trata de prova material trazida ao processo, fica mantida a Decisão pela Procedência Parcial desta infração, com a exclusão do valor relativo à mencionada nota fiscal, o que reduziu o valor exigido de R\$7.130,63 para R\$4.482,35. Mantida a Decisão.

Relativamente à infração 9, que acusa utilização indevida de crédito fiscal “sem a apresentação competente documento comprobatório de direito ao referido crédito”, a 4ª JJF decidiu que com base na diligência da ASTEC, “os itens constantes das notas fiscais listadas para essa infração na informação fiscal, não são material de uso e consumo” e improcedente.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que na descrição da infração foi acrescentado “crédito a maior que o registrado em documentos e o devidamente apurado”.

No demonstrativo correspondente (Anexo 9 – fls. 30/57) foram relacionadas notas fiscais, total dos créditos e confrontados com o lançado no livro RAICMS o que resultou na diferença exigida. Tomando como exemplo o mês de fevereiro/08 (fls. 30 a 36), foi apurado montante de crédito de R\$272.776,68 e lançado no RAICMS R\$277.261,64, cuja diferença de R\$4.484,96 foi exigida.

Diante do demonstrativo (fl. 226) e cópia de notas fiscais juntadas com a defesa (fls. 245 a 270) totalizando o montante lançado no RAICMS de R\$277.261,64 o autuante relacionou notas fiscais (fl. 329) e informou que se tratava de aquisição de produtos destinados a uso ou consumo.

Por sua vez o diligente indicou no demonstrativo às fls. 357/358 que os produtos integram o produto fabricado, a exemplo da Nota Fiscal nº 172215 que consigna fita plástica, a qual foi apreciada no mérito das infrações 1, 2 e 3, como insumo que integra o produto fabricado (umbilical) ou como material de embalagem. Portanto, correta a Decisão pela Improcedência desta infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278996.0003/12-3, lavrado contra **MFX DO BRASIL EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA., (MFX DO BRASIL LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.857,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS