

Acórdão : 14.864/01/3^a
Impugnação : 40.010102977.74
Recurso de Agravo : 40.030104401.45
Impugnante : Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás
Proc. Suj. Passivo : José Fernandes Corrêa
PTA/AI : 01.000137287-82
IE/SEF : 067.055618.00-37
Origem : AF/Belo Horizonte
Rito : Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. Os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se despiciendo o objeto da perícia requerida. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Apropriação indevida de créditos de ICMS provenientes de: 1) aquisições interestaduais de álcool anidro em valores superiores aos correspondentes valores de saída (créditos de ICMS em valores superiores aos correspondentes débitos); 2) aquisições de materiais e de gasolina tipo A, álcool anidro e óleo diesel destinadas ao uso e consumo do estabelecimento; 3) ressarcimentos efetuados a maior às distribuidoras de gás, relativos às remessas de tal produto para outros Estados, sobre o qual havia sido efetuado, anteriormente, a retenção do ICMS referente à substituição tributária. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS e MR, formalizada no AI nº 01. 000137287.82, constatado o aproveitamento indevidos de créditos de ICMS, a nos períodos de jan. a dez./95, sendo estornado tais créditos, não efetuou-se a recomposição da conta gráfica por constar saldo devedor de ICMS no período fiscalizado, pelas seguintes irregularidades:

- 01)** aquisições interestaduais de Álcool Anidro em valores superiores aos correspondentes valores de saída (créditos de ICMS em valores superiores aos correspondentes débitos);
- 02)** aquisições de Gasolina Tipo A, Álcool Anidro e Óleo Diesel destinadas ao uso e consumo do estabelecimento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 03) aquisições de materiais destinados ao uso/consumo do estabelecimento;
- 04) ressarcimentos efetuados a maior às distribuidoras de gás, relativos às remessas de tal produto para outros Estados, sobre o qual havia sido efetuado, anteriormente, a retenção do ICMS referente à substituição tributária.

A Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração, fls. 5.229/5.261 e fls. 5.271/5.272, por intermédio de procurador regularmente constituído, alegando suas razões de defesa e pede pela procedência da Impugnação. Por fim, os diretores apresentam sua defesa, fls. 5.274/5.276, e requerem que sejam excluídos do polo passivo da obrigação tributária.

O Fisco, em manifestação, fls. 5.280/5.315, refuta as alegações da defesa e ao final requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal exara o despacho interlocutório, para a Autuada informar em que consiste o denominado “Setor de Utilidades” e qual a aplicação, uso e finalidade de cada produto classificado naquele setor. Esta manifesta-se, descrevendo sobre o “Setor de Utilidades” e a aplicação, uso ou finalidade dos produtos arrolados.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando o Recurso de Agravo retido e em parecer conclusivo e fundamentado opina pela procedência da impugnação.

DECISÃO

Primeiramente para deslinde da questão, apreciaremos o Recurso de Agravo retido nos autos por indeferimento do pedido de prova pericial, verificando e certificando se as provas produzidas são suficientes para dirimir o conflito e se as partes tiveram oportunidade de produzi-las e não o fizeram.

Da análise dos documentos acostados aos autos verifica-se que a matéria objeto do lançamento não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, esta justifica-se quando o exame do fato probante depender de conhecimentos técnicos ou especiais, os fatos apontados na imputação estão devidamente documentados. Pelo controvérsia em litígio, não se justifica a produção desta prova.

Também em preliminar, argui a Impugnante a nulidade do feito fiscal entendendo conter o lançamento erros insanáveis. Verifica-se pelos elementos que compõem o lançamento, AI e anexo, que a Impugnante não encontrou dificuldade para o exercício de defesa, os quadros demonstrativos do Anexo sustentam a exigência, discriminando os fatos ocorridos, a imputação, base de cálculo, o imposto incidente e as multas aplicadas, todos constitutivos do crédito tributário. A Impugnação atacou certamente as imputações, não aparentando dúvidas ou obscuridades, bem como os documentos acostados aos autos sustentam o lançamento. O trabalho fiscal foi elaborado com base nos documentos fiscais fornecidos pela autuada, tais como notas fiscais, cópia dos livros Registro de Entradas e Registro de Inventário, dentre outros.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lembrando que é o ato administrativo manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tem por fim imediato, dentre outros, impor obrigações aos administrados, *in casu*, aos contribuintes. Lembrando que o exercício deste é vinculado, guardando estrita observância da Lei Tributária.

Verifica-se que todos os procedimentos seguidos pelo fisco estão em estrita observância do devido processo legal, sendo resguardado o princípio da ampla defesa e do contraditório, prova da assertiva é que a Autuada se defendeu na forma e prazos legalmente instituídos. As irregularidades foram apuradas através de Verificação Fiscal Analítica amparada no inciso V, art. 838 do RICMS/91, fundada na verificação da regularidade das operações de entradas de mercadorias praticadas pela Autuada, a vista da documentação apresentada, aferindo-se a imputação capitulada no AI.

A autoridade administrativa, portanto, não pode aplicar multas com inobservância dos dispositivos legais que tratam da matéria, por outro lado, em se constatando a infração, tem a obrigação de proceder ao lançamento, aplicando as penalidades cabíveis, consoante ao disposto no artigo 88, inciso I, da CLTA/MG:

“Art.88 - Não se incluem na competência do órgão julgador :

I - a declaração de inconstitucionalidade ou negativa da aplicação de lei, decreto ou ato normativo;”

Constam do AI todos os dispositivos legais infringidos, as descrições claras e precisas dos fatos que motivaram a sua lavratura conforme relatório fiscal, de conformidade com o disposto no art. 57, incisos IV e V, c/c art. 58 da CLTA/MG. Portanto descabida a arguição de nulidade do presente lançamento.

Quanto ao argumento de não se observar o Rito Sumário, verifica-se pela legislação que tal procedimento aplica-se ao PTA de valor até 40.000 UFIR ou ao PTA que contenha exclusivamente exigência relativa a descumprimento de obrigação acessória ou a PTA relacionado exclusivamente com infração tributária específica estabelecida em Instrução Normativa da SCT, nos termos do disposto no art. 119, incisos I, II, e III, da CLTA/MG.

Nesse sentido, correto a aplicação do Rito Ordinário ao PTA em questão, uma vez que não enquadrado nas hipóteses acima mencionadas.

A declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de lei, decreto ou ato normativo não se incluem na competência do CC/MG, consoante o inciso I, art. 88 da CLTA/MG, já mencionado.

No polo passivo da obrigação tributária consta somente a Autuada, não se faz pertinente o pedido de exclusão dos diretores, estes não foram arrolados como responsáveis solidários, mas como participantes do quadro societário, sendo descipiendo tecer comentários acerca da matéria.

Adentrando na matéria de mérito, quanto ao item 1, imputou-se o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em razão de aquisições interestaduais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Álcool Anidro em valores superiores aos correspondentes valores de saída, irregularidade descrita conforme relatório fiscal e o procedimento da Autuada encontra-se sintetizado, fls. 25, Notas Fiscais de Entrada de Álcool “casadas” com Notas Fiscais de Simples Faturamento e com Notas Fiscais de Saída Simbólicas, fls. 26, Notas Fiscais de Entrada de Álcool não “casadas” com Notas Fiscais de Simples Faturamento e com Notas Fiscais de Saída Simbólicas, nestas o Fisco procedeu ao cálculo do preço médio ponderado de saída de álcool anidro, conforme demonstrado.

O procedimento da Autuada infringiu a legislação pertinente à matéria, vigentes à época dos fatos geradores, RICMS/91, conforme transcreve-se:

Art. 76 – Em qualquer hipótese, o valor tributável não poderá ser inferior ao custo da mercadoria ou da prestação de serviço” (grifamos)

Art. 142 – O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este Estado ou por outra Unidade da Federação” (grifamos).

Art. 160 – Nas hipóteses previstas neste Regulamento ou em resolução da Secretaria de Estado da Fazenda, o montante do imposto devido resultará da diferença a maior entre o imposto relativo às operações tributadas com mercadorias ou serviços e o cobrado relativamente às operações e prestações anteriores, e será apurado:

(...)

Parágrafo único – O contribuinte estornará, em sua escrita fiscal, o excesso do crédito porventura apurado, no mesmo período em que ocorrer a saída da mercadoria” (grifo nosso).

A controvérsia estabelecida nos autos aborda o fato de os valores de entrada terem sido superiores aos respectivos valores de saída, nesse sentido razão assiste ao Fisco, pois o disposto no artigo 142, “caput”, do RICMS/91 determina a compensação do que for devido em cada operação, a título de ICMS, com o montante cobrado nas anteriores.

A CF/88 assim determina o princípio da não-cumulatividade:

“Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

I – impostos sobre:

(...)

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º - O imposto previsto no inciso I, b, atenderá o seguinte:

I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal” (grifos nossos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, para se consubstanciar integralmente o princípio da não-cumulatividade, o valor de saída não poderá ser inferior ao valor da entrada da mesma mercadoria, valor agregado.

Corroborando com o princípio da não-cumulatividade do ICMS, o disposto no art. 76 do RICMS/91 determina que o valor tributável não poderá ser inferior ao custo da mercadoria, ou seja, no presente caso, ao valor de entrada da mercadoria.

A alegação da Impugnante em relação ao tabelamento de preços não se justifica, tendo em vista os preceitos constitucionais da não-cumulatividade, VALOR AGREGADO, em razão deste, o excesso de crédito apropriado deveria ter sido estornado, valor de entrada superior ao valor de saída, estorno proporcional.

Devidamente fundamentado, o Fisco procedeu ao estorno proporcional dos créditos, em face do artigo 160, § único do RICMS/91, gerando débitos nos períodos.

No item 02, foi imputado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, sendo a Autuada silente a respeito desta irregularidade. O procedimento da Autuada implicava em emitir notas fiscais das mercadorias com destino ao uso e consumo do estabelecimento, fornecimento interno, com o destaque do ICMS, em valores inferiores aos correspondentes valores de aquisição, procedimento sintetizado nos itens 1 a 4, fls. 28, documentos relacionadas nos quadros de fls. 75/77.

O disposto no art. 153, § 2º do RICMS/91 assim determina: “*na hipótese do inciso II, se o contribuinte realizar operação tributada tendo por objeto os bens ali referidos, ou produtos dele resultante em decorrência de processo de industrialização, poderá escriturar e abater o valor do imposto correspondente à aquisição e na proporção das operações tributadas que promover*”

As razões de mérito para a imputação feita pelo fisco basea-se no já exposto para o item 01 do Auto de Infração, estorno proporcional ao valor do ICMS na entrada superior ao da saída, corretas as exigências fiscais.

No item 3, foi imputado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, uma vez que os materiais adquiridos foram caracterizados como destinados ao uso e consumo, ou seja, utilizados em linhas marginais ou independentes às linhas de produção.

O cerne da questão consiste no correto enquadramento dos materiais, para efeito de crédito do imposto, ou seja, de uso e consumo como pretendido pelo Fisco, ou intermediário, como pretendido pela Contribuinte.

A irregularidade encontra-se descrita conforme relatório fiscal, fls. 30, e as notas fiscais, os remetentes, a identificação dos materiais, os valores de base de cálculo e os valores do imposto estornados encontram-se demonstrados em quadros, fls. 78/102.

A seguir, o dispositivo legal do RICMS/91 que rege a matéria:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 144 – Para efeitos do artigo anterior, será abatido do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, sob a forma de crédito:

(...)

II - o valor do ICMS correspondente às matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem adquiridos ou recebidos no período, para emprego diretamente no processo de produção, extração, industrialização, geração, comercialização ou comunicação, observando-se que:

(...)

b - são compreendidos entre as matérias-primas e produtos intermediários aqueles que sejam consumidos ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição”(grifos nossos)

Segundo a IN SLT n° 01/86, o conceito de produto intermediário, para efeito de direito ao crédito do imposto, é aquele que empregado diretamente no processo de industrialização, seja integrado ao novo produto ou, embora não se integrando ao novo produto, seja consumido, imediatamente e integralmente, no curso da industrialização.

Entendendo-se como consumo imediato aquele consumo direto no processo de industrialização, ou seja, em um ponto qualquer da linha de produção, mas nunca marginalmente ou em linhas independentes, e na qual o produto tiver o caráter de indiscutível essencialidade na obtenção do novo produto e por consumo integral, entende-se o exaurimento de um produto individualizado na finalidade que lhe é própria, ou seja, o consumo ou desgaste, contínuo, gradativo e progressivo, na linha de industrialização, até resultar acabado, esgotado ou inutilizado, por força do cumprimento da finalidade específica no processo, sem comportar recuperação ou restauração.

Ressaltamos que não se consideram consumidos imediata e integralmente os produtos, tais como ferramentas, instrumentos ou utensílios que, embora se desgastem ou deteriorem no processo de industrialização, não se esgotam de maneira contínua, gradativa e progressiva, até o completo exaurimento, na linha de produção e também as partes e peças de máquina, aparelho ou equipamento, pelo fato de não se constituírem em produto individualizado, mas apenas componentes de uma estrutura estável e duradoura, cuja manutenção naturalmente pode importar na substituição das mesmas, exceto as partes e peças que desenvolvem atuação particularizada, essencial e específica dentro da linha de produção, em contato físico com o produto que se industrializa, o qual importa nas perdas de suas dimensões ou características originais.

Na questão fática verifica-se que os materiais, objeto dos estornos, não se enquadram nos conceitos extraídos da IN SLT n° 01/86, pois não se integram ao novo produto, ou, embora não se integrando, não são consumidos imediatamente e integralmente no curso da industrialização, mas marginalmente às linhas de produção. Trata-se de materiais utilizados no tratamento de água, nas caldeiras e nas torres de resfriamento, produtos químicos de laboratório, silicones e lubrificantes utilizados em bombas e compressores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada fez confirmar que o “Setor de Utilidades” seria aquele que assegura o suprimento das demais plantas industriais dos insumos indispensáveis à produção de derivados de petróleo, vapor, ar comprimido e águas – desmineralizada e de refrigeração, descrevendo a utilização e finalidade de cada produto individualmente. Trata-se de produtos utilizados na regeneração de resinas catiônicas e/ou amniônicas para geração de água, de produtos utilizados na classificação de água captada na Barragem de Ibirité, de produtos utilizados como agente bactericida, água, de produtos que têm como função retirar a água que vem junto com o petróleo, via oleoduto, setor de destilação, de produtos injetados em torres de resfriamento com o objetivo de proteção aos processos corrosivos, setor de destilação, de produtos injetados em tambores com objetivo de se evitar a formação de espuma, e de produtos utilizados em lubrificação de bombas e compressores.

Nesse sentido, o procedimento fiscal encontra-se respaldado no dispositivos legais do RICMS/91, uma vez que resta perfeitamente caracterizado que os materiais não se enquadram nos conceitos de produto intermediário extraídos da IN SLT n° 01/86, mas caracterizam-se como materiais de uso e consumo.

No item 04, foi imputado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS em razão de ressarcimentos efetuados a maior às Distribuidoras de gás, relativos às remessas de tal produto para outros Estados, sobre o qual havia sido efetuado anteriormente a retenção do ICMS referente à substituição tributária.

Os valores de ICMS retidos, os valores de ICMS referentes às operações próprias -Petrobrás para Distribuidoras- e os valores de ICMS ressarcidos a maior encontram-se demonstrados, fls. 115/134, por nota fiscal. O ressarcimento a maior às “Distribuidoras” e o conseqüente crédito a maior para a “Petrobrás”, deveu-se ao fato de o ressarcimento ter sido efetuado sem o abatimento do ICMS - operação própria entre a “Petrobrás” e as “Distribuidoras”, tal procedimento inflige o artigo 43 do RICMS/91:

*“Art. 43 - Nas operações interestaduais com as mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido será efetuado mediante emissão de nota fiscal **em nome do estabelecimento que tenha efetuado a retenção**, pelo valor do imposto retido em favor da Unidade da Federação de destino. (redação dada pelo art. 1º do Decreto n° 35.597, de 27/05/94):*

*§ 1º - O estabelecimento que efetuou a primeira retenção poderá deduzir, do próximo recolhimento à unidade da Federação de origem, **o valor do imposto anteriormente retido**, desde que disponha do documento a que se refere o caput” (grifamos).*

Assim, corretas as imputações, uma vez que os deveres tributários são de duas naturezas: principais e acessórios. O dever principal, obrigação de dar, é pagar o tributo no prazo, na forma prevista em lei. No caso, a Impugnante por adotar procedimentos contrários a legislação tributária, teve seu crédito corrente aumentado, com a conseqüente redução do imposto a recolher, ou seja, não apurou e não pagou corretamente o imposto devido. Portanto, considerando que o prazo para pagamento do imposto já estava esgotado no momento da autuação, correta a exigência de ICMS procedida pelo fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reputa-se também correta a cobrança da diferença do imposto ICMS, e aplicação da multa de revalidação - MR, visto que houve desrespeito ao dever de pagar o tributo no prazo legal, descrita no artigo 56, inciso II da Lei 6763/75, 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, penalidade corretamente capitulada nos autos.

Pelo conjunto probante, restou caracterizada a irregularidade descrita no relatório do AI, ficando a argumentação da impugnante carente de provas inequívocas do fiel cumprimento da legislação tributária mineira, estando a materialidade da acusação fiscal perfeitamente comprovada nos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em preliminar, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos e em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. José Fernandes Corrêa e pela Fazenda Pública Estadual a Dra. Nilber Andrade. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 06/08/01.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora