

Acórdão: 15.784/02/3^a
Impugnação: 40.010105498-11
Agravo Retido: 40.030106031-76
Impugnante/Agravante: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás
Proc. S. Passivo: José Fernandes Correa/Outro(s)
PTA/AI: 01.000138754-67
Inscrição Estadual: 067.055618.00-37
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – Os elementos constantes dos autos são suficientes para análise da matéria, tornando desnecessária a perícia requerida. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – MATERIAL DE USO E CONSUMO E ENERGIA ELÉTRICA – Constatação de aproveitamento indevido de crédito de ICMS relativo a aquisição de material de uso e consumo e energia elétrica. Consoante o art. 70, inciso III do RICMS/96, somente a partir de 01.01.2003, que o contribuinte poderá apropriar crédito de ICMS relativo a entrada de bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento. Quanto à energia elétrica, somente após a entrada em vigor da Lei Complementar n.º 87/96, o ICMS relativo à sua aquisição passou ser creditado integralmente, desde que o consumo não estiver ligado a atividade alheia à do estabelecimento. Legítimos os estornos procedidos pela fiscalização. Manutenção das exigências fiscais. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre apropriação indevida de créditos de ICMS, provenientes de operações de aquisição de materiais de uso e consumo e energia elétrica consumida em linhas marginais à de produção, em todos os períodos de apuração, no exercício de 1996, implicando na falta de recolhimento de ICMS. Exigência de ICMS e MR (50%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 509/546, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 549/573.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 585/600, opina em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo e quanto ao mérito pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os elementos existentes nos autos são suficientes para o julgamento do presente processo.

A perícia justifica-se apenas quando o exame do fato probante depender de conhecimentos técnicos específicos.

Após análise dos documentos constantes dos autos, verifica-se que a matéria em questão não requer a produção de prova pericial, uma vez que os fatos apontados estão devidamente comprovados nos autos.

No tocante aos quesitos formulados, infere-se que são questões que se confundem com o próprio mérito das exigências, o qual nos propomos a analisar em seguida.

A Impugnante requer, em suma, a comprovação da essencialidade dos produtos na produção de derivados de petróleo, no entanto, a essencialidade do produto não é o único fator na definição de produto intermediário, conforme dispõe a legislação tributária que rege a matéria.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

Preliminar 2

As arguições de nulidade do Auto de Infração levantadas pela Impugnante não foram acatadas, uma vez que constam no Auto de Infração os elementos indispensáveis que determinam com segurança a natureza da infração.

Verifica-se que para a lavratura do Auto de Infração a fiscalização observou o disposto no art. 58 da CLTA/MG.

O relatório da peça fiscal não deixa dúvida que a exigência refere-se ao aproveitamento indevido de crédito de ICMS provenientes de operações de aquisição de materiais de uso e consumo e energia elétrica consumida em linhas marginais à de produção.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não restou caracterizado cerceamento de defesa, uma vez que a Autuada recebeu todos os quadros demonstrativos do trabalho fiscal, com discriminação dos fatos ocorridos, a imputação, a base de cálculo, o imposto incidente e multas aplicadas.

No entendimento da Impugnante o Auto de Infração é nulo pela falta de prova ou vício de motivação, ao fundamento que não há qualquer embasamento legal e muito menos científico, para a fiscalização afirmar que tratam-se de produtos de uso e consumo.

A questão da prova não acarreta a nulidade da peça fiscal, por se tratar de discussão de mérito.

Sendo assim, não há se falar em nulidade do Auto de Infração.

DO MÉRITO

A fiscalização constatou que a Autuada apropriou indevidamente créditos de ICMS, provenientes de operações de aquisição de materiais de uso e consumo e energia elétrica consumida em linhas marginais à de produção, no exercício de 1996.

Nos termos do art. 142, § 2º, item 2 do RICMS/91 e do art. 70, inciso XI do RICMS/96, não poderá ser utilizado como crédito o valor pago pela operação, quando não ocorrer, por qualquer motivo, operação posterior, com a mesma mercadoria ou outra dela resultante.

O art. 153, inciso II do RICMS/91, que recepcionou o art. 31, inciso II da Lei n.º 6.763/75, determina, expressamente, que *“não implicarão crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações subsequentes a entrada de bens destinados a uso, consumo ou integração do ativo permanente do estabelecimento”*.

Consoante o art. 70, inciso III do RICMS/96, somente a partir de 01.01.2003, que o contribuinte poderá apropriar crédito de ICMS relativo a entrada de bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento.

A fiscalização promoveu o estorno do crédito do imposto destacado nas notas fiscais mencionadas no Anexo IV, doc. fls. 68/91, uma vez que os produtos nelas destacados tratam-se de material de uso e consumo, eis que utilizados em linhas marginais ou independentes às linhas de produção.

Constam do mencionado Anexo, o número e data das notas fiscais, os remetentes, a identificação dos materiais, os valores de base de cálculo e os valores do imposto estornados.

A Impugnante argumenta que não procede a conclusão de que os produtos e substâncias por ela adquiridos, apontados pela fiscalização, estariam dissociados de seu processo industrial, já que, tais produtos elencados não são utilizados em

“linha marginal”, mas na verdade, são produtos intimamente vinculados à sua atividade-fim.

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.

O art. 144, inciso II do RICMS/91 e art. 66, § 1º, item 2 do RICMS/96 permitem o aproveitamento do imposto, sob a forma de crédito, 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.

O Regulamento do ICMS determina que 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 (alínea “b” do inciso II do art. 144 do RICMS/91 e item 2.2 do § 1º do art. 66 do RICMS/96).

Segundo a IN SLT nº 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.

Entende-se como consumo imediato aquele utilizado diretamente 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. 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.

Ressalte-se 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.

Os materiais, objeto dos estornos, não se enquadram nos conceitos extraídos da IN SLT nº 01/86, pois não se integram ao novo produto, ou, embora não se integrando, não são consumidos imediatamente e integralmente no curso da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

industrialização, mas marginalmente às linhas de produção. Tratam-se de produtos utilizados pela PETROBRÁS no tratamento de água, nas caldeiras e nas torres de resfriamento, (considerados pela empresa como produtos da “linha de utilidades”), além de lubrificantes, como constatado pela fiscalização.

Conforme enfatizou a fiscalização, em momento algum a Impugnante contradiz o fato de que os produtos elencados nas planilhas de estorno de crédito foram utilizados no tratamento de água, no processo de resfriamento, caldeiras, ou como lubrificantes, observando que ela concentra suas alegações na essencialidade da água e demais produtos no processo produtivo da empresa e da incapacidade técnica da fiscalização na análise em questão.

Atenta-se para o fato que a prova de que os produtos em questão foram utilizados em linhas marginais de produção, foi fornecida pela própria Impugnante, atendendo a Intimação de fls. 18/19, com a apresentação dos relatórios e planilhas, constantes às fls. 20/27 dos autos, assinados pela engenheira química da empresa.

Mediante o relatório de fls. 20/21, onde a Impugnante descreve as unidades formadoras do “Setor de Utilidades” e as funções de cada uma, verifica-se que todas as funções dessa unidade estão relacionadas com o tratamento de água, torre de refrigeração, geração de vapor e compressão de ar. Como observou a fiscalização, esses processos são marginais à produção de derivados de petróleo.

No Relatório de fls. 24, consta o consumo de energia elétrica do “Setor de Utilidades”, e nas planilhas de fls. 25/26 a empresa fornece lista dos produtos contidos na intimação feita pelo fisco, com o nome comercial de cada um, sua função e o setor de utilização.

Constata-se que o Fisco promoveu o estorno de crédito de imposto relativo à aquisição de produtos utilizados no tratamento de água, na geração de vapor, consumidos na torre de refrigeração (utilizados no “Setor de Utilidades”), como também lubrificantes.

O estorno foi proporcional à utilização de cada produto no Setor Utilidades, vide documento de fls. 11, conforme percentual de utilização fornecido pela REGAP, mediante o documento de fls. 27.

Verifica-se que o trabalho baseou-se em dados técnicos (planilhas e relatórios) fornecidos pela própria Autuada, onde o estorno foi proporcional à utilização, conforme quadros de fls. 68/91.

Tendo em vista que os produtos, objeto do estorno, não fazem contato físico direto com o produto em elaboração, evidencia que são empregados em linha marginal de produção, não se enquadrando, portanto, no conceito de produto intermediário definido pela Instrução Normativa 01/86.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, como também entende o Fisco, é desnecessário o esclarecimento técnico do que consiste “linha marginal de produção”, como reclama a Impugnante.

Ademais, conforme colocado pelo Fisco, o conceito de linha marginal encontra-se definitivamente esgotado no tocante aos produtos utilizados para tratamento de água, produtos utilizados na caldeira, produtos utilizados em torres de resfriamento e lubrificantes, não devendo, pois, prevalecer o argumento da Impugnante que “não existem provas para afirmação de que os produtos e substâncias glosados tivessem sido empregados em linhas marginais de produção”.

A Impugnante fala da importância da água no processo de elaboração. No entanto, a fiscalização não está questionando a importância da água no processo produtivo, mas sim, o aproveitamento de crédito relativo à aquisição dos produtos utilizados no tratamento da água, pois não se encaixam nos requisitos previstos no RICMS/91 e no RICMS/96, nem tampouco no conceito de produto intermediário definido pela Instrução Normativa 01/86.

Com relação ao balanço de massa, embora não apresentado pela Impugnante, ele não faz prova a seu favor, eis que, como conclui a fiscalização, os produtos em questão não fazem parte do balanço de massa dos derivados de produtos produzidos pela refinaria.

Não procede a alegação da Impugnante de ser indevida a capitulação legal da infração baseada no art. 153, inciso II do RICMS/91, pois consta do Relatório do Auto de Infração, fls. 03, a constatação de apropriação indevida de créditos do ICMS, provenientes de operações de aquisição de materiais de uso e consumo.

Portanto, o estorno do crédito relativo à aquisição dos produtos relacionados às fls. 68/91 está correto, por se tratarem de materiais de uso e consumo, conforme comprovam os documentos anexados aos autos, fornecidos pela própria Autuada.

É oportuno destacar que a respeito desta matéria o CC/MG decidiu favoravelmente à Fazenda Pública Estadual, conforme Acórdãos n.ºs 14.035/99/1ª, 13.824/99/1ª, 13.827/99/1ª e 14.864/01/3ª, este último da própria PETROBRÁS, cujas cópias foram anexadas pelo Fisco às fls. 42/59.

Quanto ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS referentes à energia elétrica consumida no “Setor de Utilidades”, destaca-se que, até 31/10/1996, antes da Lei complementar 87/96 entrar em vigor, permitia-se ao contribuinte creditar-se do valor do imposto referente à energia elétrica, desde que, utilizada no estabelecimento na condição de produto intermediário.

Nos termos do art. 153, inciso III do RICMS/91 e art. 66, inciso III do RICMS/96, com efeitos de 01.08.96 a 03.03.97, não implicarão crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações subsequentes a entrada de mercadorias ou produtos que, utilizados no processo industrial, não sejam

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nele consumidos ou não integrem o produto final, na condição de elemento indispensável à sua composição.

Somente após a Lei Complementar 87/96, o ICMS relativo a energia elétrica passou ser creditado integralmente, mas desde que o consumo da energia não esteja ligado a atividade alheia a do estabelecimento.

Observa-se, então, que, até 31.10.96, a legislação tributária veda o aproveitamento de crédito de ICMS relativo à energia elétrica consumida em linhas marginais à de produção.

Os créditos de ICMS estornados relativos à energia elétrica referem-se àquela consumida no Setor de Utilidades da empresa no período de 01.01.96 a 31.10.96.

O Setor de Utilidades da empresa, conforme documentos apresentados pela própria Autuada, engloba as unidades responsáveis pelo tratamento de água, água para torres de resfriamento, geração e tratamento de vapor, que são linhas marginais às de produção dos derivados de petróleo.

Sendo assim, a energia elétrica consumida nessas unidades não se enquadra no conceito de produto intermediário definido pela Instrução Normativa SLT 01/86, que é aquele 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 utilizado diretamente no processo de industrialização, ou seja, em um ponto qualquer da linha de produção, mas nunca marginalmente ou em linhas independentes.

Portanto, como concluiu a fiscalização “a energia elétrica consumida em processos de tratamento de água, geração de vapor ou torres de refrigeração, ou seja, consumida em linhas marginais à de produção, não pode ter o crédito decorrente de sua aquisição aproveitado, pois não se trata de mercadoria que se mostre indispensável à composição dos produtos finais (no caso combustíveis e outros derivados de petróleo), mas apenas se mostram necessários basicamente ao tratamento da água utilizada pela empresa”.

Quanto às arguições de inconstitucionalidade de alguns pontos da legislação tributária, lembramos que não se inclui na competência deste CC/MG, a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, nos termos do artigo 88, inciso I, da CLTA/MG.

Quanto à argumentação da Impugnante de que a energia elétrica é importante para viabilizar o refino de produtos derivados de petróleo, observa-se, que foram estornados os créditos de ICMS referentes apenas à energia elétrica consumida no “Setor de Utilidades”, conforme dados fornecidos pela própria

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

empresa, fls. 24, isto é, nos processos marginais ao de produção de derivados de petróleo.

A Impugnante diz que a multa aplicada tem efeito de confisco, que é vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, inciso VI.

No entanto, o confisco diz respeito a tributo e não a penalidade.

Reza a CF/88, em seu art. 150, inciso IV “*é vedado utilizar tributo com efeito de confisco*”.

A Teoria do confisco diz respeito ao montante do tributo que ultrapassa a renda ou a propriedade da pessoa, caso que não restou caracterizado nos autos.

Conforme nos ensina Sacha Calmom em seu livro Comentário à Constituição de 1988 - 3ª edição - Editora Forense - “*esta vedação é genérica. Fala-se em tributo*”, esclarecendo, ainda, que “*o princípio do não confisco tem sido utilizado também para fixar padrões ou patamares de tributação tidos por suportáveis*”.

A Multa de Revalidação foi corretamente capitulada no art. 56, II da Lei n.º 6.763/75, haja vista a constatação de falta de recolhimento do imposto.

Tendo em vista o princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, foi aplicado o percentual com efeitos a partir de 31.12.97.

Corretos os estornos procedidos pela fiscalização.

Conforme informação a fls. 13, o Fisco não procedeu a recomposição da conta gráfica, haja vista a existência de saldo devedor no período.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos, ainda, em preliminar, também à unanimidade, em rejeitar a prefacial de nulidade do AI. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Elcio Reis. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 19/12/02.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

MLR/JLS