

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.855/10/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000163072-14
Impugnação: 40.010126662-71
Impugnante: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras
IE: 067055618.00-37
Proc. S. Passivo: Rogério Olavo Cunha Leite/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - MATERIAL DE USO E CONSUMO - Constatou-se aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de aquisições de materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, os quais não se caracterizam como produtos intermediários, nos termos do art. 66, inciso V da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada nos termos do art. 70, inciso III da Parte Geral do RICMS/02.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL – MATERIAL DE USO E CONSUMO. Constatou-se a falta de recolhimento do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual pelas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo, nos termos do art. 6º, inciso II e art. 12, § 2º da Lei nº 6.763/75 e art. 42, § 1º do RICMS/02. Exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/01/04 a 31/12/05, mediante Verificação Fiscal Analítica, em decorrência da prática das seguintes irregularidades:

1 - aproveitamento indevido de créditos do imposto referentes a aquisições de materiais de uso ou consumo do estabelecimento, acarretando as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75;

2 – falta de recolhimento da diferença entre a alíquota interna e a interestadual, devida nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, pelo que foram exigidos ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF (fls. 18); Auto de Infração - AI (fls. 02/05); Relatório Fiscal (fls. 06/12); respostas da Autuada a intimações do Fisco relacionando as funções e locais de utilização das mercadorias e demonstrando a estrutura e as funções de suas diversas unidades (fls. 31/51); relatórios de estornos de créditos e exigência do diferencial de alíquotas constando as notas fiscais cujos créditos foram estornados, com discriminação das mercadorias (fls. 53/64); Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 65/66); cópia do conta corrente fiscal da Autuada demonstrando a existência contínua de saldo devedor, dispensando a recomposição da conta gráfica (fls. 67); cópias das notas fiscais cujos créditos do imposto foram estornados e dos do livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS (fls. 69/977).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 990 a 1002, alegando resumidamente o que se segue:

Argui, em preliminar, a nulidade do lançamento por falta de prova e vício de motivação, sob o argumento de que:

- o trabalho fiscal não possui embasamento legal e muito menos científico para afirmar que os produtos, cujos créditos foram estornados, tratam-se de materiais de uso e consumo;

- a tese defendida no AI é destituída de base técnica ou científica, sendo também desprovida de fundamento a conclusão que nela se baseia, tornando-se assim insuscetível de produzir efeitos no mundo jurídico;

- os conceitos expressos na IN SLT 01/86 são fluídos e subjetivos, não se podendo lhe atribuir caráter normativo e que, a prática de infração, só se tipifica por meio da lei e não de uma Instrução Normativa. Afirma ainda que por ter sido editada antes da Constituição Federal de 1988, é de se questionar sua inconstitucionalidade à luz da Carta Magna e da Constituição do Estado de Minas Gerais;

- cabe à Fiscalização a prova do embasamento técnico da assertiva relatada e o ônus da demonstração da existência de infração;

- não há nos autos qualquer elemento de prova de acordo com o qual os produtos e substâncias utilizados pela Impugnante não tenham sido consumidos no processo industrial;

- não há parecer técnico de profissional competente afirmando que os produtos em questão foram de fato empregados em "linhas marginais" à de produção, razão pela qual a verdade material não foi alcançada;

- não foi mencionado no DCMM o critério adotado para o cômputo dos juros de mora.

No mérito, os argumentos da Autuada são no sentido de que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não se trata de aquisição de produtos empregados em linhas marginais de produção, mas de produtos destinados à produção de derivados, para a qual a indústria de destilação e refino se estabeleceu em Minas Gerais;

- não há como negar que os produtos e substâncias empregados em resfriamento de equipamentos de produção são inerentes à atividade fim da Refinaria;

- os produtos e substâncias a que se refere o Auto de Infração são insumos de produção;

- é fragilíssima a defesa da tese da necessidade de integração física dos produtos e substâncias intermediárias aos derivados extraídos do refino de petróleo;

- não houve descumprimento à IN SLT 01/86 uma vez que não existem provas para a afirmação de que os produtos e substâncias glosados tivessem sido empregados em "linhas marginais de produção";

- uma verdadeira ofensa ao princípio constitucional da não cumulatividade, citando doutrina de Roque Carrazza e outros;

- é errônea a tipificação ao considerar como material de "uso e consumo" o que a empresa emprega e sempre empregou como insumo indispensável à produção de derivados de petróleo, o que ocasionou a cobrança do diferencial de alíquota.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 1038 dos autos.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 1040 a 1052, refuta as alegações da defesa.

Requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria deste Conselho, em parecer de fls. 1058/1065, opina, em preliminar, pela rejeição do pedido de nulidade do lançamento e, quanto ao mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

A Impugnante, em preliminar, argui a nulidade do lançamento por falta de prova ou motivação, alegando que os conceitos em que o Fisco se baseou para afirmar que os produtos cujos créditos estornou são produtos destinados ao uso ou consumo do estabelecimento por serem empregados em linha marginal de produção, são destituídos de base técnica ou científica. Além disso, que a Instrução Normativa SLT nº 01/86, na qual o Fisco fundamentou o Auto de Infração, foi editada antes da Constituição de 1988, em vigor, é de constitucionalidade questionável.

Alega também omissão inescusável, vez que no Auto de Infração não consta a demonstração dos critérios da apuração dos juros de mora.

A arguição de nulidade deve ser rejeitada porque o Auto de Infração foi lavrado obedecendo todas as formalidades e requisitos exigidos no art. 85 e seguintes do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 03 de março de 2008, bem como ao disposto no art. 142 do CTN e a apreciação de questões constitucionais, pelo CC/MG, não é possível em razão do disposto no art. 182 da Lei nº 6.763/75.

Inexistem no Auto de Infração sob análise os vícios materiais arguidos pela Impugnante, não havendo que se falar em nulidade do lançamento.

Assim, rejeita-se a arguição de nulidade do Auto de Infração.

Do Pedido de Perícia

A Autuada, em sede de impugnação, solicita realização de prova pericial, sem apresentação de quesitos.

Os autos trazem elementos e informações suficientes de modo a possibilitar ao julgador aplicar ao caso concreto o tratamento legal e assim decidir quanto ao mérito das exigências fiscais, conforme se demonstrará adiante.

Contudo, cabe ressaltar que o pedido de perícia não foi analisado como tal, uma vez ausentes os quesitos, aplicando-se, assim, o disposto no art. 142, § 1º, inciso I do RPTA/MG, que assim dispõe:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Do Mérito

Conforme relatado, trata o presente lançamento de imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/01/04 a 31/12/05, decorrente de aproveitamento indevido de créditos do imposto referentes a aquisições de materiais de uso ou consumo do estabelecimento, bem como da falta de recolhimento da diferença entre a alíquota interna e a interestadual, devida nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Como relata o Fisco, o trabalho trata preponderantemente de aplicações feitas num setor denominado “Setor de Utilidades” da refinaria, definido como aquele que compreende as unidades de compressão de ar, tratamento de água bruta, torres de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

refrigeração de água industrial, unidade de geração de vapor, produção de água potável, captação de água bruta, bombas de combate às emergências e recebimento de energia elétrica em vários pontos da refinaria.

Além dos itens empregados no mencionado setor, o cloro e o lubrificante utilizados em máquinas e equipamentos, de todos os setores, foram também considerados como materiais de uso ou consumo, à luz dos ditames da Instrução Normativa SLT nº 01/86.

O percentual de estorno do crédito de ICMS foi definido em conformidade com o respectivo uso de cada produto no setor em questão, a partir de planilha fornecida pela própria empresa, à exceção do cloro e do lubrificante, que foram integralmente estornados. O quadro de fls. 08 demonstra itens objeto do estorno, justificativa do estorno e os percentuais de estorno. Faz-se, aqui, a transcrição, por oportuno:

NOME COMERCIAL	PRODUTO	JUSTIFICATIVA DO ESTORNO	SETOR UTILIZADO	% DE ESTORNO
Ácido Sulfúrico	Ácido Sulfúrico	Utilizado na produção de água desmineralizada	Utilidades	100
Cal Hidratada	Hidróxido de Cálcio	Utilizado no tratamento de água industrial	Utilidades	100
Dispersante	Dispersante	Acondicionamento do sistema de águas de resfriamento	Utilidades	100
Soda Cáustica	Hidróxido de Cálcio	Produção de água desmineralizada, tratamento merox, GLP e Nafta	Utilidades/U04/U109/U54/U106	92,5
Hipoclorito de Sódio	Hipoclorito de Sódio	Bactericida para tratamento de água	Utilidades/U52/U03/U103	97,8
Kurizet S207	Inibidor Corrosão	Utilizado no Tratamento de água de refrigeração	Utilidades	100
Kurizet T235	Inibidor Corrosão	Utilizado no Tratamento de água de refrigeração	Utilidades	100
Kurizet S504	Inibidor Corrosão	Utilizado no Tratamento de água de refrigeração	Utilidades	100
Kurizet A511	Inibidor Corrosão	Utilizado no Tratamento de água	Utilidades	100

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

		de refrigeração		
Towerclean S-512	Inibidor Corrosão	Utilizado no Tratamento de água de refrigeração	Utilidades	100
Kuriauto CL2	Inibidor Corrosão	Utilizado no Tratamento de água de refrigeração	Utilidades	100
Amberjet	Resinas	Utilizado no tratamento de água industrial	Utilidades	100
Sulfato de Alumínio	Sulfato de Alumínio	Produção de água filtrada	Utilidades	100
Lubrax	Lubrificante	Lubrificação de máquinas e equipamentos	Todas as Unidades	100
Marbrax	Lubrificante	Lubrificação de máquinas e equipamentos	Todas as Unidades	100
Cloro	Cloro	Bactericida utilizado no tratamento de água	Utilidades e outros	100

O Anexo 2, de fls. 53 a 64, detalha cada documento fiscal e contém a memória de cálculo dos valores estornados a título de ICMS, considerando a proporcionalidade de utilização, e respectivos diferenciais de alíquotas devidos nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Não foi feita a recomposição da conta gráfica, tendo em vista que o Sujeito Passivo apresentou, em todo o período objeto do trabalho, saldos devedores de ICMS.

Destaca-se, por oportuno e como bem salientado pelo Fisco, que o sujeito passivo em questão já foi autuado pelo mesmo motivo em relação aos exercícios de 1995, 1996, 1998, 1999, 2000, 2001 e 2002, tendo este Conselho proferido decisões unânimes em todos os julgamentos, inclusive com indeferimento de pedido de perícia (Acórdãos 14.864/01/3ª, 15.784/02/3ª, 17.281/05/1ª, 17.282/05/1ª, 17.549/06/3ª e 18.258/07/1ª). Acresce, ainda o Fiscal Autuante, que há outro lançamento de ofício que foi objeto de parcelamento, relativo ao exercício de 2003..

A Constituição Federal determina em seu art. 155, § 2º, inciso XII, que cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto. A Lei Complementar 87/96, cumprindo a previsão constitucional, disciplinou o regime de compensação, permitindo ao contribuinte creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo, com a ressalva, referente a material de uso ou consumo, da vigência da norma, postergada, por força de sucessivas alterações no texto original da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lei e vigente à época dos fatos geradores objeto da autuação fiscal em análise, até 31 de dezembro de 2010.

Lei Complementar 87/96

Art. 20 - Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

Art. 33 - Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011;

O RICMS/02 estabelece explicitamente a vedação ao crédito em questão:

Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

(...)

V - a matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, adquiridos ou recebidos no período, para emprego diretamente no processo de produção, extração, industrialização, geração ou comunicação, observando-se que:

a - incluem-se na embalagem todos os elementos que a componham, a protejam ou lhe assegurem a resistência;

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

(...)

Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

III - se tratar de entrada, até 31 de dezembro de 2010, de bens destinados a uso ou a consumo do estabelecimento;

Portanto, restando demonstrado que as mercadorias são destinadas a uso ou consumo do estabelecimento, não há o que se contestar sobre a vedação ao crédito do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nos termos da legislação vigente, para efeito de apuração do valor do ICMS a pagar, será abatido o imposto incidente nas operações realizadas no período, sob a forma de crédito, dentre outros, o valor do imposto correspondente à entrada de matéria-prima e produto intermediário.

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 (art. 66, inciso V, da parte Geral do RICMS/02).

Explicitando ainda mais o Regulamento, a Instrução Normativa SLT nº 01/86 estabeleceu que produto intermediário é aquele empregado diretamente no processo de industrialização, integrando-se ao novo produto, ou que, embora não se integrando ao novo produto, seja consumido, imediata e integralmente, no curso da industrialização.

Por consumo imediato entende-se o consumo direto, de produto individualizado, no processo de industrialização; assim, considera-se consumido diretamente no processo de industrialização o produto individualizado, quando sua participação se der num ponto qualquer da linha de produção, mas nunca marginalmente ou em linha independente, 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, sem implicar, necessariamente, o seu desaparecimento físico total; neste passo, considera-se consumido integralmente no processo de industrialização o produto individualizado que, desde o início de sua utilização na linha de industrialização, vai-se consumindo ou desgastando, contínua, gradativa e progressivamente, até resultar acabado, esgotado, inutilizado, por força do cumprimento de sua finalidade específica no processo industrial, sem comportar recuperação ou restauração de seu todo ou de seus elementos.

Esses, portanto, os pressupostos teóricos relativamente à matéria.

O objeto social da Impugnante é a produção de derivados de petróleo.

Nos termos da Instrução Normativa SLT nº 01/86, tal setor “Utilidades” é perfeitamente caracterizado com linha marginal à de produção de derivados de petróleo.

Os produtos lubrificantes são empregados na lubrificação de máquinas e equipamentos, utilizados em todas as unidades da Impugnante. Nos termos da legislação, especialmente da Instrução Normativa SLT nº 01/86, tais produtos não são compreendidos entre as matérias-primas e produtos intermediários, sendo considerados como destinados ao uso e consumo do estabelecimento.

As informações prestadas pelo Fisco e pela Impugnante, além da consideração da legislação pertinente à matéria, são suficientes para se concluir sobre a utilização das mercadorias no processo produtivo da Impugnante, caracterizando-as como materiais de uso ou consumo, utilizadas em linhas marginais e independentes.

A Impugnante nada trouxe de concreto que pudesse mudar o entendimento do Fisco. Os aspectos de imprescindibilidade, essencialidade e indispensabilidade,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arguidos em sede de Impugnação, não são critérios previstos na legislação para legitimar aproveitamento de crédito.

Os critérios já foram delineados acima, quando da análise da legislação pertinente.

Assim, correto o estorno dos créditos das aquisições em análise, porque perfeitamente caracterizadas como destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento.

A cobrança do diferencial de alíquotas, nas aquisições interestaduais de materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, encontra sustentação em preceitos contidos na legislação mineira – art. 5º, § 1º, item 6, c/c art. 6º, inciso II, e art. 12 da Lei 6763/75, a seguir transcritos:

Art. 5º -

(...)

§ 1º - O imposto incide sobre:

(...)

6) a entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

(...)

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

(...)

Art. 12 - (omissis)

(...)

§ 2º - Na hipótese de operação ou prestação interestadual que tenha destinado mercadoria ou serviço a contribuinte domiciliado neste Estado, na condição de consumidor ou usuário final, fica este obrigado a recolher o imposto resultante da aplicação da diferença entre a alíquota interna e a interestadual que houver incidido sobre aquela operação ou prestação.

Considerando que as mercadorias em questão tiveram os créditos referentes às suas aquisições estornados por se destinarem ao uso ou consumo do estabelecimento, e que a alíquota interna para elas é 18% (dezoito por cento), há uma diferença de 6% (seis por cento) a ser aplicada sobre a base de cálculo prevista.

As planilhas de fls. 53 a 64 demonstram que foi este o cálculo feito pelo Fisco. Sobre o valor da base de cálculo, aplicou-se o percentual de 6% (seis por cento), referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se, pois, de todo o acima exposto, que restaram perfeitamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Alberto Ursini Nascimento.

Sala das Sessões, 01 de dezembro de 2010.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

José Luiz Drumond
Relator