

PROCESSO - A.I. Nº 280328.0004/02-4
RECORRENTE - PEDREIRAS VALÉRIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0308-03/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 07/11/2003

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0572-11/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. E vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo. Refeitos os cálculos, excluindo-se da autuação os créditos fiscais relativos a lubrificantes e explosivos, que são insumos, cujo crédito fiscal é legítimo. Infração parcialmente caracterizada 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. Infração caracterizada, pois, trata-se de peças de reposição de máquinas e de manutenção de tratores e caminhões. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em razão da Decisão prolatada no Acórdão nº 0308-03/03, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que considerou o Auto de Infração Procedente em Parte.

A peça acusatória indica o cometimento das seguintes irregularidades:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$56.066,57, com multa de 60%, referente às aquisições de peças para manutenção de tratores e caminhões, manutenção da correia transportadora e britador.
2. falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, e destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$21.575,13, mais multa de 60%.

Segundo o relatório da Decisão recorrida o autuado na defesa apresentada às fls. 42 a 55, descreveu o processo produtivo da empresa com o objetivo de demonstrar os insumos utilizados na sua atividade, onde alega que desenvolve a atividade industrial que compreende da extração do beneficiamento, e inclui as etapas de prospecção, pesquisa, lavra, beneficiamento, transformação e comercialização. E ainda que o contribuinte diz que o princípio da não cumulatividade previsto na Constituição Federal/88, e a Lei nº 87/96, corroboram ao admitir o aproveitamento dos créditos fiscais provenientes da aquisição de material de uso e consumo na atividade.

E acrescentou que o autuado citou o Estado de Minas Gerais, que através de Instrução Normativa nº 01 de 03/05/2001, delimitou a amplitude do processo dos mineradores e a gama dos materiais, cujos créditos seriam passíveis de compensação.

E ainda que o autuado apresentou uma lista dos elementos empregados no processo produtivo, e comentou como os mesmos se desgastam e participam na composição dos custos da produção,

fazendo juntada à defesa de um memorial descritivo dos insumos utilizados no processo produtivo, demonstração da contabilização dos custos industriais, plano de contas, laudo técnico e resposta de consulta da DITRI, feita pelo Sindicato do Setor de Extração de Minérios, Parecer da Superintendência de Geologia e Recursos Minerais, Parecer técnico acerca do conceito de material de consumo, e descrição técnica de processo de extração, corte, e beneficiamento relativo aos minérios, e ainda um Parecer Jurídico sobre a matéria.

Relatou também que na informação fiscal às fls. 593 a 595, os autuantes esclareceram que a maior parte dos créditos fiscais objeto da glosa, se referiam a peças de reposição de caminhões e tratores do estabelecimento. E que requerentes aos materiais que tiveram dúvida quanto a aplicação dos mesmos, tinham intimado a empresa para esclarecer como eram utilizados os referidos materiais, conforme consta à fl. 18 dos autos. Foi relatado ainda, que os autuantes excluíram do lançamento, os lubrificantes e os explosivos, juntando novo demonstrativo de débito referente à infração 1, indicando o valor de R\$45.935,58. E que o autuado foi cientificado da informação fiscal, e às fls. 614 a 624 reiterou a defesa, e asseverou que os materiais entravam em contato com o produto de fabricação e requereu perícia e diligência “*in loco*”, e que ao final, pediu a Improcedência do Auto de Infração.

Consta ainda do relatório que foi feita a diligência, e a ASTEC exarou o Parecer nº 0108/2003 às fls. 666 e 667, onde nas conclusões do diligente fiscal o mesmo descreveu o processo produtivo da transformação da pedra bruta em brita, e concluiu que à finalidade dos produtos objeto da autuação se encontravam descritas nos demonstrativos apresentados às fls. 109 a 129 dos autos, e que os mesmos obedeciam ao mesmo padrão da discriminação feita pelo autuante, e que reproduziu conforme a fl. 671, para que fosse apreciado pelo julgador, tendo o diligente concluído que à exceção do “explosivo”, todos os demais materiais se referiam a peças de reposição, aplicados nos equipamentos utilizados no processo produtivo. E que o autuado se manifestou alegando que o referido Parecer não era apto para dirimir a controvérsia, e que o mesmo citou outro Parecer da ASTEC, e anexou cópia, onde alegou que neste foi descrito de forma precisa toda a cadeia produtiva dos materiais empregados. Houve nova manifestação do autuante sobre o aludido Parecer onde o mesmo ratificou a autuação, e reafirmou que os materiais não geravam crédito fiscal.

A Decisão recorrida, prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, afastou a nulidade argüida na defesa, e ressaltou que aquele órgão julgador não era o fôro competente para apreciar questões de inconstitucionalidade, conforme o art. 167, I do RPAF/99.

Considerou que a diligência requerida pelo autuado havia sido acolhida, e que os esclarecimentos contidos no Parecer eram suficientes para extrair suas conclusões, e por isso negava o pedido do autuado para que fosse encaminhado à ASTEC para emissão de outro Parecer.

No mérito, concordou com esclarecimentos do diligente fiscal quanto à conclusão de que à exceção dos explosivos, todos os demais materiais eram peças de reposição aplicados nos equipamentos.

Ressaltou que o Parecer PROFI nº 01/81, a Jurisprudência do CONSEF, e ainda a legislação tributária (art. 93, §1º do RICMS/97), prevê a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos 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 concluiu que estava correto o entendimento do autuante na informação fiscal, quanto ao levantamento fiscal dos valores dos créditos glosados, referentes aos explosivos e lubrificantes, reduzindo o valor do item 1 para R\$45.935,58, e quanto ao item 2, considerou subsistente conforme o valor indicado às fls. 34 a 36 dos autos, julgando o Auto de Infração Procedente em Parte.

O voto prolatado na Decisão recorrida tem o seguinte teor:

“Inicialmente passo ao exame das preliminares de nulidade suscitadas na peça defensiva, ressaltando que este órgão julgador não é o foro competente para apreciar questões de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos, conforme art. 167, I do RPAF/99.

Vale salientar que a diligência requerida pelo autuado foi acatada e de sua realização foram extraídas as conclusões que entendo suficientes para o esclarecimento das dúvidas existentes acerca da lide, eis que seu teor restringiu-se ao que foi solicitado por esta Relatora, tal como a descrição da forma como cada bem ou material é consumido ou empregado pela empresa, visando esclarecer se os aludidos bens ou materiais são ou não vinculados ao processo produtivo.

Assim, nego o pedido de novo Parecer que seria encaminhado à ASTEC, conforme solicitação do contribuinte porque não foi solicitado a descrição do processo produtivo, como entendeu o autuado em sua argumentação, após a ciência do Parecer Técnico da ASTEC, razão porque entendo que, não há qualquer vício que possa fulminar de nulidade o presente processo administrativo fiscal.

No mérito, as duas infrações estão interligadas. A primeira, relativa à utilização indevida de créditos fiscais, decorrente de materiais adquiridos para uso e consumo do estabelecimento, e relacionados nas planilhas de fls. 19/36 do PAF. Entre eles, encontram-se tira, rolamentos, lubrificantes, eixos, arruelas, mangote, parafusos, buchas, filtro, mangueira, retentor, anel, válvulas, etc. A segunda infração relativa à falta de recolhimento do imposto por diferença de alíquotas, nas aquisições dos referidos materiais para uso e consumo do estabelecimento autuado.

O contribuinte, em sua peça defensiva, alega que as operações indicadas pelo autuante, seriam decorrentes de aquisições de materiais que entram em contato direto com o produto em fabricação, integrando de forma indispensável, a cadeia produtiva, e portanto seriam materiais intermediários. Relata a participação no processo produtivo, das pás carregadeiras, dos britadores, das correias transportadoras, e dos roletes e chapas metálicas, que são utilizados diretamente em contato com as pedras, que desgastam-se muito facilmente, conforme inclusive, laudos técnicos e fotografias constantes nos autos. Reitera que falar-se em processo produtivo para as empresas mineradoras, é considerar toda a sucessão de atos que compreende desde o desmonte da rocha ou a sua remoção, até a etapa de estocagem, inclusive a movimentação do minério do local onde é extraído.

Para deslindar a controvérsia, foi solicitada a diligência a fiscal estranho ao feito que, às fls. 666 e 667, emitiu o Parecer da ASTEC nº 108/2002, no qual acata a descrição da finalidade de cada produto, no demonstrativo de fls. 109/129 que, inclusive, fora apresentado pelo autuado, e elaborou o seu resumo no demonstrativo de fl. 671, para apreciação desta Relatora.

O mencionado diligente esclareceu após visita “in loco” no estabelecimento, que o processo produtivo consiste basicamente em transformação de pedra bruta em brita passando pelos seguintes processos:

- 1. Perfuração das rochas, onde são utilizados equipamentos tipo rotopercussivos pneumáticos, dotados de martelos com componentes mecânicos;*

2. Concluídas as perfurações da rocha, são colocados explosivos para obter a fragmentação em blocos, usando “dinamite”, lama explosiva, espoleta, estopim. Cordel e retardo;
3. Estes blocos, através dos tratores pás carregadeiras, são colocados em caminhões tipo “fora de estrada”, veículo específico para carga de pedras, com pneus gigantes, para serem encaminhados para os britadores a fim de obter a redução dos blocos de rochas.
4. Nos britadores são realizados o processo de britagem, que consiste na fragmentação dos blocos de rochas.

Ao final, conclui que com exceção dos explosivos, os demais itens são peças de reposição aplicados nos equipamentos utilizados no processo produtivo.

Efetivamente, de acordo com o Parecer da PROFI nº 01/81, consoante a jurisprudência assente neste CONSEF e pela legislação que rege a matéria, cheguei às seguintes conclusões:

O RICMS/97, no § 1º do artigo 93, prevê que 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 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.

Da análise e da orientação contida no Parecer Normativo nº 01/81 da antiga PROFI, verifica-se que, para que uma mercadoria seja definida como insumo ou produto intermediário, gerando o direito ao crédito fiscal, exige-se que, ou integre o produto final como elemento indispensável à sua composição ou, não havendo a integração, seja consumida, inutilizada, gasta ou destruída a cada processo produtivo, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo produtivo.

No caso em tela, verifica-se, consoante o posicionamento feito pelo diligente, que os materiais constantes no demonstrativo elaborado pelo autuante, são utilizados pela empresa como peças de reposição para trator pá carregadeira, peças de reposição para britador, peças para caminhão fora de estrada e peças para perfuratrizes pneumáticas de rochas. Tais mercadorias, a meu ver, constituem materiais de uso e consumo do estabelecimento que não estão diretamente afeitos nem se desgastam no processo produtivo e, por este motivo, não podem gerar o direito à utilização, como crédito fiscal, do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição.

Entretanto, os explosivos e lubrificantes foram excluídos do levantamento fiscal, pelo autuante no momento em que prestou a informação fiscal, o que considero correto, pois tratam-se, de fato, de insumos, e nesses casos o crédito fiscal é legítimo, o que resultou na redução do valor do ICMS, da exigência fiscal para R\$45.935,58, ficando o demonstrativo de débito, da infração 1, com a seguinte configuração:

DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS A RECOLHER
30/04/2001	09/05/2001	37.487,94	17	6.372,95
31/05/2001	09/06/2001	32.760,76	17	5.569,33
30/06/2001	09/07/2001	29.519,24	17	5.018,27
31/07/2001	09/08/2001	46.174,82	17	7.849,72
31/08/2001	09/09/2001	31.284,24	17	5.318,32

30/09/2001	09/10/2001	17.940,76	17	3.049,93
31/10/2001	09/11/2001	20.892,88	17	3.551,79
30/11/2001	09/12/2001	23.620,65	17	4.015,51
31/12/2001	09/01/2001	30.528,00	17	5.189,76

Quanto à infração 2, constata-se que se trata de mercadorias adquiridas, em outros Estados, para uso e/ou consumo do estabelecimento do autuado, o qual deveria ter efetuado o pagamento do imposto por diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, pelo que considero correta a autuação, conforme o levantamento de fls. 34 e 36 do PAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

O sujeito passivo cientificado do julgamento de 1ª Instância (3ª JJF) conforme o AR (fl. 712) interpôs o Recurso Voluntário, tempestivamente, às fls. 714 a 732, onde aduz as seguintes razões:

- 1) alega que realiza a atividade mineradora, onde compreende a prospeção pesquisa, lavra de minerais e seu beneficiamento, transformação e comercialização;
- 2) que seu processo produtivo envolve atividades complexas, e por essa razão se utiliza de vários insumos para atingir o seu objetivo;
- 3) descreve a sua atividade como sendo de extração e beneficiamento de rocha que gera pedra britada, e para perfuração da rocha utiliza equipamentos do tipo rotopercussivos pneumáticos, dotados de martelos, com componentes mecânicos que pela ação abrasiva dos minerais que compõem a rocha, sofrem acentuados desgastes;
- 4) alega que na fase de extração são utilizadas mangueiras de alta pressão, mandris, pistões, cabeçotes, cilindros e buchas que são indispensáveis ao processo mineiro-industrial, e o desgaste dos mesmos ocorre rapidamente e de forma exclusiva dentro da linha de produção, devido ao contato direto e denso com o minério.
- 5) assevera que na fase do desmonte do maciço rochoso, utiliza explosivos para fragmentar em pequenos blocos, elencando os tipos de explosivos como sendo: dinamite, lama explosiva, espoleta, cordel e retardo, onde o consumo dos mesmos ocorrem de modo imediato;
- 6) prossegue descrevendo todo o processo, e alega que na impugnação foram juntadas fotos das jazidas que ilustram todo o processo produtivo para compreensão dos materiais intermediários utilizados;
- 7) diz que na informação fiscal o preposto fiscal reconheceu tão-somente o direito aos créditos, referentes aos explosivos e combustíveis utilizados no processo industrial, e a Junta julgadora considerou o Auto de Infração Procedente em Parte;
- 8) afirma que a infração 1 é insubsistente, porque o § 2º do art. 155 da Constituição Federal consagrou o princípio da não cumulatividade do ICMS, e a Lei nº 87/96, permitiu o aproveitamento dos créditos fiscais decorrentes da aquisição de material de uso e consumo na atividade produtiva, e que na Lei nº 4825/89, o legislador estadual igualmente previu essa possibilidade de compensar os créditos dos valores à aquisição de materiais empregados no processo de industrialização, e que o § 1º do art. 93 do RICMS/97, estabelece a utilização de crédito decorrente da aquisição do produto intermediário;
- 9) cita a Instrução Normativa SLT nº 01 de 03/05/2001 do Fisco de Minas Gerais, que delimitou a amplitude do processo produtivo dos mineradores, onde inseriu uma gama dos materiais, cujos os créditos seriam passíveis de compensação, transcrevendo dispositivos da citada Instrução Normativa;

- 10) alega que o CONSEF comunga do mesmo entendimento ao proferir ao Acórdão nº 0015-21/02, em Recurso de Revista, na Câmara Superior, e transcreve o conteúdo da ementa e trecho do voto da relatora Verbena Matos de Araújo;
- 11) prossegue alegando que o crédito fiscal com base no §2º do art. 155 da Constituição Federal nasce no momento que o contribuinte pratica operação de circulação de mercadorias e não após, quando for determinada a destinação das mesmas;
- 12) elabora listas dos materiais que considera indispensáveis no processo produtivo, e que ao ser ver, são insumos, e que são utilizados na etapa de perfuração e detonação das rochas, na coleta e transporte final das rochas e britas, e ainda na britagem das rochas e movimentação de rochas de beneficiamento, e alega que todos aqueles materiais ali elencados sofrem desgaste em função de sua utilização contínua e direta no processo produtivo;
- 13) cita ainda o Acórdão nº 0246-11/03, que corrobora com o seu pedido, transcrevendo-o, e pede que seja excluído da autuação os valores creditados referentes à aquisição dos materiais que assevera integrar a sua cadeia produtiva;
- 14) pede a Improcedência do item 2, alegando que o mesmo é consectário da infração anterior, e que a alíquota de 17% só incide ao final de cada operação, e não sobre os materiais intermediários que vão agregar o preço final e compensar os valores pagos nas operações;
- 15) argui que não é consumidora final dos insumos e materiais, porque os mesmos integram a cadeia produtiva e são repassados aos adquirentes dos produtos finais comercializados pelo recorrente. Mais uma vez cita o Acórdão CS nº 0015-21/02;
- 16) insurge-se quanto a não apreciação pelo órgão administrativo sob alegação de que lhe falta competência para apreciar a inconstitucionalidade, e se esquivava de aplicar o direito e a justiça. E alega que não busca a declaração do órgão administrativo da inconstitucionalidade do ato praticado pelo administrador, mas, o que pretende é através da impugnação ver reconhecida a ilegalidade praticada pelos prepostos fiscais na lavratura do Auto de Infração.

Conclui a peça recursal pleiteando a Nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de que o mesmo fere o princípio da legalidade, e cita doutrina e jurisprudência que analisa a competência para a administração deixar de aplicar a lei ou ato normativo que seja flagrantemente inconstitucional. E ao final, requer a Improcedência do Auto de Infração, e a declaração da inexistência de relação obrigacional tributária.

A PGE/PROFIS às fls. 736 a 737 dos autos, se manifesta em Parecer, aduzindo que o recorrente sustenta os mesmos, argumentos apresentados na peça de impugnação e que já foram enfrentados no Acórdão recorrido.

Considera ausentes de argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido e observa ainda que a cerne da demanda decorre da glosa dos créditos de material de uso e consumo e do recolhimento da diferença de alíquota da aquisição interestadual desses materiais.

Assevera que as infrações estão comprovadas e confirmadas, com a diligência realizada por fiscal estranho ao feito, e conclui que a mercadoria para ser considerada insumo ou produto intermediário, que enseje direito ao crédito, se exige que a mesma integre o produto final como elemento indispensável à sua composição ou não havendo integração, seja consumida e inutilizada ou desgastada a cada processo produtivo, de forma que seja essencial a sua renovação a cada processo produtivo.

E quanto à alegação da inconstitucionalidade na legislação estadual nos termos do RPAF, a este órgão falece competência a apreciação da matéria, e opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Verifico que a matéria em lide, objeto do presente Recurso Voluntário, se trata de tema que de forma iterativa, tem gerado calorosos debates neste Colegiado.

As infrações constantes do lançamento ora em exame, são concernentes à glosa de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo, e falta de recolhimento da diferença entre a alíquota interna e interestadual referente às aquisições de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento.

Ressalto que a questão ora debatida não é nova, merecendo por parte deste Egrégio CONSEF, reflexão em cada processo em espécie. Trata-se da polêmica questão dos créditos fiscais indevidamente apropriados pelo sujeito passivo, decorrentes das aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento, e que no caso em tela por ser uma empresa industrial de minérios pretende que se considere que os materiais elencados no demonstrativo às fls. 109 a 130, onde os mesmos estão descritos e a sua função na atividade industrial do recorrente, como produtos intermediários ou insumos.

Ocorre que os materiais não ensejam crédito fiscal como pretende o recorrente, e acertadamente na Decisão recorrida foram excluídos os valores referentes aos explosivos, mantendo os demais que não têm a natureza de insumo, pois não estão afetos no processo produtivo, e não ao creditamento legitimado pela legislação vigente.

De outro modo, a matéria controversa foi objeto da diligência fiscal levada a efeito pela ASTEC, conforme requereu a relatora da 1ª Instância, à fl. 664, que solicitou diligência “*in loco*” para que se verificasse o processo produtivo, e se pronunciasse quanto aos materiais objeto da autuação, descrevendo a forma como cada material é consumido ou empregado pelo autuado, para que se esclareça se os bens ou materiais se vinculam ou não ao processo produtivo.

Assim, o Parecer nº 0108/2003, exarado pela Assessoria Especializada do CONSEF, segundo a diligente fiscal, reiterou a descrição feita pelos autuantes elaborando o demonstrativo à fl. 671, e afastando apenas o material “explosivo”. E concluiu, que os demais materiais eram peças de reposição aplicadas nos equipamentos utilizados no processo produtivo.

Deste modo, entendo que resta demonstrado de forma indubitosa que os materiais objeto da glosa dos créditos se enquadram no conceito de material de consumo, e não de produto intermediário ou insumo como sustenta o recorrente. Ademais, neste CONSEF temos várias decisões que seguem esse entendimento, respaldado na orientação contida no Parecer Normativo nº 01/81 da antiga PROFI, onde determinava que uma mercadoria para ser definida como produto intermediário gerando direito ao crédito, se exige que, ou integre o produto final como elemento indispensável à sua composição ou, não havendo integração, que seja consumida, inutilizada, gasta ou destruída a cada processo produtivo, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo produtivo.

No caso em exame, diante da descrição feita pelo autuante e confirmada pelo diligente, os materiais descritos na infração 1 (fls. 19 a 31) dos autos, e da infração 2 (fls. 34 a 36), sendo peça de reposição para manutenção de tratores, caminhões, pás carregadeiras e para máquinas perfuratrizes pneumáticas de rocha, como informou o próprio recorrente ao fazer juntada às fls. 109 a 130, e ressalte-se que inclusive o autuante no curso da ação fiscal à fl. 15, solicitou que o

contribuinte esclarecesse a utilização das mercadorias relacionadas nos anexos, assim, não prospera os argumentos do recorrente de que os mesmos sejam erigidos à condição de produtos intermediários.

Logo, os materiais dados à sua destinação, como se vê à luz do citado Parecer da antiga PROFI, não possibilita o aproveitamento do crédito fiscal pretendido pelo recorrente, e ainda, na esteira de julgados neste CONSEF, os aludidos materiais não ensejam o creditamento, a exemplo, o Acórdão nº 0098-12/02, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, referente ao Auto de Infração nº 225428504/97, cuja matéria é idêntica a este caso, onde a glosa de crédito de materiais de uso e consumo referente a peça de reposição de máquinas e caminhões pertencente ao ativo fixo, e de combustível para máquinas e caminhões, tendo sido considerado que relativo aos mesmos o contribuinte não tinha direito aos créditos, pois os mesmos se caracterizavam como material de uso e consumo, e em sede de Recurso de Ofício foi restaurada a exigência fiscal.

Deste modo, comungo o entendimento da relatora da Decisão recorrida que os materiais constantes do demonstrativo elaborado pelo autuante, sendo utilizados pela empresa como peças de reposição para trator, pá carregadeira, peças de reposição para britador, peças para caminhão fora de estrada e peças para perfuratrizes pneumáticas de rochas, se constituem materiais de uso e consumo do estabelecimento, e que não estão diretamente afetos nem se desgastam no processo produtivo e, por este motivo, não ensejam crédito, visto que os mesmos não estão respaldados na legislação vigente, pois não se subsumem ao § 1º do art. 93 do RICMS/97, que ali descrevem as hipóteses em que o crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, e inclusive ao crédito relativo aos 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.

Assim considero correta a Decisão recorrida em manter a glosa dos créditos fiscais, tendo em vista que está previsto no art. 93, V, “b” do RICMS/97, que a utilização dos mesmos, decorrentes de bens para uso e consumo, dar-se-á somente a partir de 01/01/2003, e que foi prorrogado para 2007 com a Lei nº 114/02.

Referente à infração 2, que exige o pagamento da diferença de alíquota relativo às aquisições interestaduais de bens destinados a uso e consumo, o art. 5º, inciso I do RICMS/97, determina que para efeito do pagamento da diferença de alíquota ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria, ou bem oriundo de outro Estado quando destinado ao uso e consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento.

Deste modo, não prospera a alegação do recorrente que faz jus ao crédito em razão do princípio da não cumulatividade inserto no § 2º do inciso I do art. 155 da Constituição Federal/88, uma vez que, o mesmo artigo remete no inciso XII, alínea “c”, onde determina que cabe a Lei Complementar, disciplinar o regime de compensação do imposto, e a Lei Complementar nº 87/96 no art. 20, é que possibilitou a compensação do imposto, permitindo ao sujeito passivo se creditar do valor referente ao imposto anteriormente cobrado em operações de entradas de mercadorias no estabelecimento, inclusive àquela destinada ao uso e consumo ou ativo permanente.

Por fim, a minha conclusão é que os materiais objeto da presente demanda não ensejam crédito, porque não são consumidos no processo produtivo e nem integram o produto final, não prosperando o argumento do recorrente de que se trata de produtos intermediários ou insumos, e assim, concordando com a manifestação da PGE/PROFIS no Parecer exarado às fls. 736 e 737 dos autos.

Por todo exposto, considero que as razões aduzidas não alteram o julgamento de 1ª Instância (3ª JF), e meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 280328.0004/02-4, lavrado contra **PEDREIRAS VALÉRIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.510,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Antonio Ferreira de Freitas, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Alberto Nunes Vaz da Silva e Carlos Antonio Borges Cohim da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS