

A. I. Nº - 206977.0101/06-0
AUTUADO - MINERAÇÃO DE GRANITOS ITIÚBA LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO COUTO FERREIRA
ORIGEM - INFAC JACOBINA
INTERNET - 10.11.2006

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0349-01/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Das mercadorias arroladas na autuação foi excluída a “argamassa expansiva”, restando comprovada parcialmente a utilização indevida de crédito fiscal em relação aos demais itens, por ser considerado como material destinado ao uso e consumo. Infração parcialmente subsistente. **b)** CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. Comprovado que o consumo de energia elétrica se refere a endereço diverso do autuado, inclusive com indicação de outro município. O mesmo fato ocorreu em relação aos serviços de telecomunicações, aliado ao fato de não haver previsão para utilização de tal crédito. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DO ATIVO FIXO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. **b)** BENS DE USO E CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado descobrir parte da exigência fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/03/2006 exige imposto no valor de R\$24.092,55, pelas seguintes irregularidades:

- 1) utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Utilizou crédito fiscal de material consumido no processo de extração mineral, nos meses de março e maio de 2005, no valor total de R\$ 4.810,04;
- 2) utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais. Aproveitou crédito fiscal de notas fiscais de energia elétrica e de telecomunicações em nome de terceiros, nos meses de março a dezembro de 2005, no valor total de R\$ 4.901,03;
- 3) deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de julho a dezembro de 2004, janeiro a março, junho e julho de 2005, no valor de R\$ 8.462,69;
- 4) deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de julho e agosto de 2004 e março e maio de 2005, no valor de R\$ 5.918,79.

O autuado, às fls. 120 a 127, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa informando que desenvolve atividade de extração e comercialização de blocos de granito destinados à exportação.

Em relação à infração 01 – argumentou que o autuante considerou ilegítimos créditos relativos a compra de massa expansiva e brocas, materiais essenciais ao processo de extração de blocos de granito e, ao seu ver, os créditos foram legitimamente aproveitados, argumentando que em relação a esta matéria o art. 93, I, “e”, do RICMS/97, que transcreveu, tem disposição específica para o caso das empresas de mineração, ou seja, o produto que seja consumido no processo extractivo, integrando ou não, os blocos de granito, de modo a proporcionar condições indispensáveis a extração e lavra do produto, deve ensejar o aproveitamento do crédito do ICMS.

Infração 02 – Alegou que as concessionárias de energia elétrica e telecomunicações demoram de transferir os contratos de prestação de serviço e a titularidade indicada na nota fiscal; no entanto, pelo endereço indicado na nota fiscal percebe-se que o impugnante foi quem efetivamente recebeu e utilizou os aludidos serviços, sendo legítimos os créditos aproveitados.

Infração 03 – asseverou que com o advento da Lei Complementar nº 87/96 não mais se tornou possível a exigência do ICMS referente à diferença de alíquota. E para a implementação e exigência dos tributos previstos na Constituição é necessária Lei Complementar dispor o seu fato gerador, base de cálculo e contribuinte, transcrevendo o art. 146, III e art. 155, § 2º, XII, da CF/88.

Antes da edição da LC nº 87/96, o Convênio ICMS 66/88 que supria provisoriamente a necessidade da Lei Complementar, dispunha acerca do fato gerador, base de cálculo e contribuinte (art. 2º, II, art. 5º e art. 21, parágrafo único, XII). No entanto, a LC nº 87/96, que revogou o Convênio ICMS 66/88, não faz qualquer menção ao pagamento da diferença de alíquota / complementação de alíquota quando da entrada de mercadorias oriundas de outros Estados destinadas ao ativo fixo. A lei Complementar nº 87/96 (art. 12, XIII e art. 13, IX, § 3º), continuou a exigir, como já previsto no Convênio 66/88, o pagamento complementar do imposto, em relação à prestação de serviços de transporte ou comunicação iniciada em outro Estado quando destinada a uso, consumo ou ativo fixo. Assim, entendeu inexistir em Lei Complementar previsão que autorize a cobrança do ICMS em razão de diferença de alíquota, no caso de mercadorias destinadas ao ativo fixo.

Alegou que as notas fiscais correspondem à aquisição de máquinas, integrantes do ativo imobilizado, e desta forma, o valor da diferença de alíquota exigido, caso devido, proporcionaria crédito do imposto em montante equivalente, sendo, ao seu ver, ilegal a cobrança em razão da ausência de sua previsão em Lei Complementar.

Infração 04 – disse que a autuação está relacionada com a infração 01, ou seja, a ação fiscal considerou ilegítimos os créditos aproveitados pelo impugnante, exigindo-se a diferença de alíquota. E, a diferença de alíquota neste caso não é devida, pois as mercadorias adquiridas foram utilizadas no processo de extração mineral e ensejam o creditamento do imposto.

Asseverou que somente em respeito ao princípio da eventualidade, caso exista alguma parcela devida na autuação que o débito remanescente seja compensado com os créditos que possui o impugnante. E, como o impugnante concentrava parte de suas operações em vendas destinadas à exportação, amparada pela não incidência, passou a acumular crédito de ICMS.

Alegou que o autuante ao detectar possíveis débitos deveria reconstituir o saldo da conta gráfica do impugnante, compensando os créditos existentes com os débitos encontrados no mesmo período, exigindo o pagamento do tributo relativamente ao saldo devedor restante. Citou lição do tributarista Alcides Jorge Costa sobre a natureza jurídica dos créditos do ICMS. E, invocou o princípio jurídico “in dúvida pro contribuinte” (art. 112 do CTN).

Requeru a realização de perícia, perguntando: As mercadorias constantes das notas fiscais que geraram a autuação: “01 – utilização indevida de créditos de ICMS referente a material consumido no processo de extração e material para uso e consumo” foram utilizados no processo de extração mineral ?

Requeru que se julgue procedente a impugnação, cancelando integralmente o Auto de Infração.

Auditor designado às fls. 131 a 133, informou que, em relação à infração 01, as mercadorias que apontou são: a) brocas – peças de reposição de ferramenta utilizada para perfurar as pedras e não são consumidas a cada processo e, b) a massa expansiva que o autuado não explicou a sua utilização.

Esclareceu que a utilização de crédito na atividade extrativa já se encontra pacificada no CONSEF, sendo, portanto, desnecessário maior comentário, já que não há elementos ou fundamento novo capaz de modificar esse entendimento.

No tocante a infração 02 – informou que o autuado reconhece que as notas fiscais se encontram em nome de terceiros, entretanto, diferentemente do que asseverou, os serviços não foram prestados ao estabelecimento (Mirangaba), uma vez que os endereços constantes dos documentos fiscais se referem a imóvel que se encontra localizado em outro município (Pindobaçú), ficando demonstrado o acerto da ação fiscal.

Infração 03 – disse que a discussão trazida pelo autuado é meramente de Direito e totalmente descabida, vez que o Convênio ICMS 66/88 que tem força de Lei Complementar não foi totalmente revogado pela Lei Complementar 87/96, por não haver dispositivo nesse sentido, mas tão somente naquilo que foi inovado. A ação fiscal foi pautada dentro das normas regulamentares, devidamente fundamentada e cujos fatos não foram contestados pelo autuado.

Infração 04 – a infração está relacionada com a infração 01, vez que se trata de bens adquiridos para uso ou consumo, não permitindo a apropriação dos créditos e devendo, o autuado recolher a diferença de alíquota.

Quanto ao pleito para a recomposição da conta gráfica, informou o autuante não ser este o momento nem a forma de se efetuar tal liquidação. Depois de constituído definitivamente o crédito tributário, pode o autuado, se possuir créditos acumulados, solicitar o pagamento do Auto de Infração através de certificado de crédito.

Opinou pela manutenção da autuação.

O processo foi encaminhado à INFRAZ Jacobina, por deliberação desta Junta de Julgamento Fiscal, para que o autuante ou outro preposto fiscal verificasse in loco qual a participação no processo extrativo relativamente aos produtos: carvão coque, bit de aço e argamassa expansiva. Em seguida, fosse dada ciência ao autuado, mediante entrega de cópia do resultado da diligência.

A ASTEC do CONSEF designou auditora revisora para atendimento ao solicitado (fls. 139/141), tendo a diligente, através do parecer ASTEC nº 00149/2006, esclarecido ter visitado o estabelecimento autuado e, por essa razão descreveu o processo de extração de bloco de granito: Definida a abertura da jazida é utilizado um equipamento denominado “conjunto de perfuração com perfuratriz DTZ”. As perfurações são feitas em dois planos formando sempre um ângulo de 90º um com o outro furo. Dentro dos furos são passados fios diamantados que são fixados a uma máquina elétrica, iniciando o corte, existindo durante o corte um fluxo de água nos furos para lubrificação e arrefecimento do fio. Depois desse procedimento inicial ter sido completado são utilizados as brocas integrais. Inseridas as argamassas expansivas que é uma cal expansiva utilizada para o corte de qualquer tipo de rocha, como também para demolições. As argamassas provocam uma reação química quando misturada com água, aumentando seu volume em até quatro vezes. A quantidade de energia desenvolvida pela argamassa é liberada de modo

progressivo e gradual eliminando os perigos e limitações que são típicas do uso de explosivos. Depois dessa reação da argamassa, a bancada estará separada do maciço rochoso.

As bancadas são retiradas através de tratores ou pá carregadeiras para serem cortados os blocos de quartzito. Para recortá-los são utilizadas perfuratrizes manuais e brocas, procedimento feito por profissionais denominados de marteleiros que iniciam a perfuração usando perfuratrizes e brocas com cone bits (ou bits de aço) numa situação constante.

Esclareceu que no processo de perfuração sempre existe o desgaste das coroas de botões de vídia diamantada, dos cones bits e dos bits pastilha, pelo fato da rocha quartzítica ser muito dura e abrasiva.

Continuou o diligente relatando os passos seguintes no processo de acabamento dos blocos. Disse que todas as ferramentas utilizadas no canteiramento dos blocos (ponteiras, talhadeiras e macetas) são forjadas na própria mineração e a sua constante utilização faz com que as ferramentas apresentem pequenas fissuras que são corrigidas na ferraria da própria empresa autuada.

O coque de carvão é o combustível utilizado para aquecer essas ferramentas, tanto na forja quanto na correção da irregularidade.

O autuado, à fl. 147, ao se manifestar quanto ao resultado da diligência fiscal, alegou que pela descrição do processo produtivo que foi feito pela revisora de forma detalhada se constata a efetiva utilização no processo produtivo dos seguintes insumos: cone bits, argamassa expansiva, coque de carvão, bit de aço, broca, cabo de aço, mangueiras, diaroc, cunha. Assim, asseverou que o direito ao creditamento do imposto é uma imposição legal.

VOTO

Na presente autuação está sendo exigido ICMS decorrente de utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições de material para uso e consumo do estabelecimento e referente a mercadoria destinada a contribuinte diverso, bem como decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e consumo do estabelecimento.

Ressalto que nos termos do art. 125 da Lei 3.956/81 e do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de constitucionalidade. Assim, deixo de apreciar os questionamentos do autuado por entender que a ação fiscal se encontra revestida das formalidades legais que envolvem as disposições e normas infraconstitucionais deste Estado.

Inicialmente, esta 1^a JJF deliberou que o processo fosse encaminhado para que auditor fiscal diligente verificasse *in loco* qual a participação no processo extrativo de bloco de granito, atividade desenvolvida pelo autuado, das mercadorias: carvão coque, bit de aço e argamassa expansiva, já que foi considerada, pelo autuante, como sendo material de uso e consumo.

Na conclusão dos trabalhos de revisão, a auditora diligente, através do Parecer ASTEC nº 00149/2006, esclarece o solicitado informando que: a “argamassa” é uma cal expansiva colocada nas perfurações efetuadas nas rochas, que misturada com a água provoca uma reação dilatadora, aumentando o seu volume em até quatro vezes, aplicando uma pressão nas superfícies dos furos, separando as bancadas das rochas; os “bits de aço” ou “cones bits” são cones colocados nas brocas, ou seja, ferramenta utilizada para recortar os blocos de quartzito que devido a dureza e abrasividade da rocha quartzítica, há grande desgaste desses cones; o “carvão coque”, tem como finalidade servir como combustível para aquecer nas forjas e na correção de irregularidades das ferramentas utilizadas no processo de acabamento dos blocos que sofreram desgaste no processo produtivo.

Como a atividade de extração de blocos de granito, no que diz respeito à apropriação de créditos fiscais de ICMS assemelha-se substancialmente à de uma empresa industrial, passo a analisar as irregularidades apontadas para determinação quanto a sua destinação, se para uso e consumo ou insumo a ser empregado na atividade de extração.

A infração 01 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal, nos meses de março e maio de 2005, envolvendo os documentos fiscais nºs 90895, 92182 e 92038 (bit de aço), 5711 (carvão coque forja) e 3470 (argamassa expansiva).

No atendimento do solicitado, mediante diligência, a auditora revisora descreve a função das mercadorias argamassa expansiva e carvão coque, no desenvolvimento da atividade do autuado. Neste sentido, concluo não restar dúvida de que a argamassa expansiva deve ser considerada como insumo devido a sua finalidade no processo de extração dos blocos de granito, ou seja, de acordo com os esclarecimentos trazidos, conforme parecer ASTEC nº 0149/2006, a “argamassa” é uma cal expansiva colocada nas perfurações efetuadas nas rochas, que misturada com a água provoca uma reação dilatadora, aumentando o seu volume em até quatro vezes, aplicando uma pressão nas superfícies dos furos, separando as bancadas das rochas. Assim, entendo deva ser excluída da ação fiscal o valor de R\$ 3.360,00, lançado no mês de março de 2005, relativo ao crédito fiscal destacado na nota fiscal nº 3470 que se refere a aquisição de argamassa expansiva.

Já em relação ao item carvão coque, pelas informações trazidas, quando da revisão fiscal, a auditora esclarece que as ferramentas: ponteiras, talhadeiras e macetas são forjadas e corrigidas as fissuras na própria mineração e é o carvão coque que tem por finalidade servir como combustível para aquecimento nas forjas e nas correções de irregularidades dessas ferramentas que são utilizadas no processo de acabamento dos blocos. Desta forma, apesar de se tratar de combustível ficou esclarecido que sua destinação é a diversa da do objetivo do autuado. Mantido o lançamento do crédito tributário em relação ao documento fiscal nº 5711.

Da mesma forma foi esclarecido que os bits de aço ou “cones bits” são cones colocados nas brocas, ou seja, são ferramentas utilizadas para recortar os blocos de quartzito. Assim, entendo que se trata de peças de reposição e não insumo. Mantida a exigência do valor lançado. Em relação aos documentos fiscais nºs 90895, 92182 e 92038.

Desta forma, concluo pela manutenção parcial deste item da autuação, no valor de R\$1.450,04.

No tocante aos créditos utilizados, em relação ao consumo de energia elétrica e serviços de comunicação, infração 02, o autuado alega demora das concessionárias de energia elétrica e telecomunicações nas transferências dos contratos de prestação de serviço e sua titularidade e que o endereço indicado nos documentos fiscais confirma serem legítimos os créditos aproveitados. Já o autuante esclarece que os documentos fiscais revelam que os serviços foram prestados no município de Pindobaçú - BA, enquanto que o estabelecimento autuado está localizado no município de Mirangaba - BA.

Analizando os documentos, cópias reprográficas anexadas aos autos, constato que os serviços, efetivamente, se referem à energia elétrica e telecomunicações prestados no município de Pindobaçú – BA., e o autuado tem sua sede no município de Mirangaba - BA.

De acordo com o previsto no art. 93, II e II-A, do RICMS/97, o crédito fiscal relativo a energia elétrica seria cabível se consumida no processo de industrialização ou quando seu consumo resultar em operação de saída destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas, o que não ficou evidenciado ter ocorrido, fato confirmado com a indicação de endereço diverso do indicado como sendo o do estabelecimento autuado.

Também, em relação aos serviços de telecomunicações, além da indicação de endereço diverso do indicado nos documentos fiscais de serviços de telecomunicações, não existe previsão para a utilização de tais créditos.

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:

II - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento (Lei nº 7710/00):

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;

b) nas hipóteses de entrada de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

1 - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;

2 - a partir de 1º de janeiro de 2007.

II-A - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo ao recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento (Lei nº 7710):

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 - quando tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;

2 - quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais;

b) nas hipóteses de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

1 - de 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;

2 - a partir de 1º de janeiro de 2007.

Desta forma, concluo pela manutenção deste item da autuação, no valor de R\$4.901,03.

Vale ressaltar que grande parte das mercadorias arroladas nas infrações 03 e 04 dizem respeito a peças e partes de máquinas e equipamentos que se desgastam e são removidas ou substituídas por outras novas, conservando a estrutura do equipamento, desta forma são consideradas como bens de uso do estabelecimento, já a parte restante das mercadorias são destinadas a consumo, a exceção da mercadoria denominada argamassa expansiva que se refere a insumo consumido no processo de extração, na atividade desenvolvida pelo autuado.

As infrações 03 e 04, tratam da exigência de diferença de alíquota, na aquisição de mercadorias oriundas de outros Estados da Federação e destinadas ao ativo fixo e uso e/ou consumo do próprio estabelecimento, a Lei 7.014/96, nos arts. 4º, XV; 17, XI, § 6º, dispõe sobre o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte, na ocorrência da situação acima indicada ao estabelecer o seguinte:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou

quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

XI - nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem.

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

Dos documentos e demonstrativo, cópias reprográficas, anexadas aos autos constato que as mercadorias adquiridas se referem a peças de reposição e material de uso e consumo do estabelecimento, tais como: bomba graxa, mangueiras, braçadeiras, anel de vedação para engate, tambor, maçarico, botinas de segurança, chave combinada, martelo bola, mascara solda, funil, alicate, cunha, conjunto moto bomba, filtro separador, cabo com 1kv, projetor p/ lâmpada, marretas, regulador acetileno e oxigênio, cabo de aço, macaco hidr HU50/330, aço laminado redondo lápis estaca, etc. Também, consta aquisição das mercadorias que foram objeto de realização de diligência, ou seja, argamassa expansiva, bits de aço ou cones bits e carvão coque, que, também foi objeto de exigência da glosa do crédito fiscal utilizado, na infração 01, tendo ficado confirmada a irregularidade quanto ao uso do crédito fiscal, em relação às mercadorias bits de aço e carvão coque, que por extensão também deve ser exigida a diferença de alíquota por se referirem a peças de reposição e material para uso e consumo do estabelecimento.

Assim, reforço o entendimento acima de que, a exceção da mercadoria “argamassa expansiva”, que foi objeto de comprovação quando da análise da infração 01, para todas as mercadorias adquiridas, conforme indicação no demonstrativo juntado ao processo, bem como, cópias reprográficas das notas fiscais, deve ser exigida a diferença de alíquota, permanecendo o valor exigido na infração 03 de R\$ 8.462,69 e ficando reduzido o valor da infração 04, ou seja, alterados os valores lançados no mês de julho de 2004 para R\$ 1.831,09 e no mês de março de 2005 para R\$ 1.297,53, passando o valor do débito deste item da autuação para o total de R\$ 4.228,79.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206977.0101/06-0, lavrado contra **MINERAÇÃO DE GRANITOS ITIÚBA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.042,55**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR