

A. I. N ° - 278999.0024/06-4
AUTUADO - XANGÔ MINERAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - CLÉBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 20.12.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0406-01/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração caracterizada. **2. LIVROS FISCAIS. REGISTROS DE SAÍDAS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS, COM O IMPOSTO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS, PORÉM ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Restou comprovado nos autos que o sujeito passivo destacou o imposto em nota fiscal tributada, porém não o recolheu. Infração caracterizada. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO.** Vedada a utilização de crédito de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. **4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BEM DESTINADO AO ATIVO PERMANENTE. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento ou ao seu uso e consumo. Infrações comprovadas. **5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EFETUADA POR AUTÔNOMO OU POR EMPRESA NÃO INSCRITA NESTE ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO.** Infração mantida integralmente. **6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DO RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Infração subsistente. **b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Infração caracterizada. **c) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA.** Multa de 10% do valor comercial das mercadorias. Lançamento subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/09/2006, exige ICMS e aplica multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$47.932,28, atribuindo ao sujeito passivo as seguintes irregularidades:

01 - Deixou de recolher no prazo regulamentar, o ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março e abril de 2006, sendo exigido imposto no valor de R\$10.040,35, acrescido da multa de 50%. Consta que os valores encontram-se declarados nas DMA's, conforme extratos anexados ao PAF;

02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de junho a dezembro de 2004, janeiro, março e maio a julho de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$15.295,64, acrescido da multa de 60%. Consta que os valores encontram-se demonstrados no Anexo I e que foram anexadas as cópias das respectivas notas fiscais e do livro Registro de Entradas de Mercadorias;

03 - 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 imobilizado do próprio estabelecimento, no mês de abril de 2005, exigindo imposto no valor de R\$ 100,00. É informado que os valores encontram-se demonstrados no Anexo II e que as cópias das notas fiscais e dos livros fiscais encontram-se anexadas aos autos;

04 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses junho a dezembro de 2004, janeiro, março a maio e novembro de 2005, com exigência de ICMS no valor de R\$11.074,29 e aplicação da multa de 60%. Consta que os valores encontram-se demonstrados no Anexo III e que foram anexadas ao PAF as cópias das notas e dos livros fiscais;

05 - Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, efetuadas por autônomos ou por empresas transportadoras não inscritas neste Estado, nos meses de julho, agosto e outubro a dezembro de 2004, janeiro a junho e agosto a outubro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$5.382,00, acrescido da multa de 150%. Consta que os valores encontram-se demonstrados no Anexo IV e que foram anexadas ao PAF as cópias das notas e dos livros fiscais;

06 – Deixou de recolher o ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno, no mês de agosto de 2004, exigindo imposto no valor de R\$621,70, acrescido da multa de 60%. Consta que não obstante as mercadorias objeto da industrialização tenham retornado, quando da emissão da respectiva nota fiscal o contribuinte deixou de efetivar o lançamento do ICMS devido, descabendo a suspensão do imposto por inexistir regime especial e protocolo entre as unidades federadas que discipline a matéria. O valor encontra-se demonstrado no Anexo V, tendo sido anexadas aos autos as cópias da nota e dos livros fiscais;

07 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar, o ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de setembro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$3.894,22, acrescido da multa de 70%. Consta que o contribuinte deixou de realizar o lançamento da Nota Fiscal nº 100 no livro Registro de Saídas de Mercadorias. Os valores encontram-se demonstrados no Anexo VI e foram anexadas ao PAF as cópias da nota e dos livros fiscais;

08 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de julho de 2004, exigindo imposto no valor de R\$60,00, acrescido da multa de 60%. Consta que os valores encontram-se demonstrados no Anexo VII e que foram anexadas aos autos as cópias da nota e dos livros fiscais;

09 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro e fevereiro de 2005, com aplicação da multa de 10%, no valor de R\$ 1.464,08, conforme demonstrado no Anexo VIII. Consta estarem apensadas as cópias das notas fiscais e dos livros fiscais.

O autuado apresentou impugnação às folhas 217 a 219, insurgindo-se contra as imposições referentes às infrações 02 e 04.

Tratando da infração 02, argüiu que o agente fiscal tem a sua ação delimitada pela Lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, considerando que a sua função é a de

aplicador das leis. Alegou que o administrador público não pode agir ao seu livre arbítrio, devendo se limitar ao ordenamento predeterminado pelo legislador. A autoridade fiscal, desse modo, não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de atuar, nem tem qualquer interesse particular no exercício de sua função legal, a qual é impulsionada pelo dever de ofício, devendo apurar o valor do tributo de acordo com os fatos reais, investigando-os, sem qualquer interesse no resultado final, uma vez que o princípio da legalidade objetiva exige do fisco uma atuação oficial e imparcial.

Salientou que o crédito fiscal decorre do princípio constitucional da não cumulatividade do imposto, não se constituindo em benefício fiscal, mas em um direito constitucional garantido, individualizado e específico e que no caso da lide o detentor é o impugnante, que adquiriu a mercadoria. Asseverou que não pode ser impedido de utilizar o crédito apurado nas operações que envolvem cobrança do ICMS, que é um tributo não cumulativo. A fruição desse direito deve ser mantida mesmo que tal crédito se refira à aquisição de material de consumo.

Afirmou que todos os produtos discriminados nas notas fiscais relacionadas no Anexo I do Auto de Infração são bens de consumo, fazendo parte direta do processo de exploração para a extração dos blocos de granito. Considerando que sua atividade única e exclusiva é a extração e o esquadramento do granito em forma de bloco, alegou que todos os materiais em referência são consumidos no processo produtivo, não existindo um só elemento que seja indispensável para a produção do bloco.

Portanto, sendo mercadorias empregadas diretamente na extração de substâncias minerais, compõem o produto final, gerando, desta forma, direito à utilização do crédito fiscal, conforme previsão do art. 93, alínea “e”, do RICMS/BA. O autuado afirmou que os referidos produtos participam do processo produtivo de forma direta e que a falta de qualquer um deles, por mínimo que seja, não permitirá que o mineral seja explorado.

No caso de não serem suficientes os esclarecimentos apresentados, pleiteou que, com base no princípio da verdade material e da ampla defesa, seja indicado um técnico no assunto, dada a complexidade da exploração do granito, com o objetivo de definir que os produtos participam diretamente no processo produtivo.

Quanto à infração 04, observou ser consequência do item anterior, por corresponder aos mesmos bens, de modo que os argumentos ali citados são extensivos a esta infração.

Contestando integralmente os valores relativos a essas duas infrações, afirmou que o montante final do débito deve passar para R\$ 21.562,35, caso em que o autuante, ao apreciar as razões da defesa, deveria concordar com as suas alegações.

Requeru que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 223/224, arguindo que a atividade administrativa que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, foi pautada em regras predeterminadas pela legislação tributária, realizando-se um ato vinculado à Lei, em sentido lato, compreendendo a Lei 7.014/96, visando tão somente defender os interesses do Estado.

Contestando as arguições defensivas concernentes às infrações 02 e 04, salientou que os valores que deram origem aos respectivos lançamentos são referentes a produtos utilizados como materiais de uso e consumo no processo produtivo, não gerando direito à utilização do crédito fiscal, considerando a sua característica dentro do referido processo. Acrescentou que o posicionamento fiscal a respeito desse questionamento fora objeto de consulta, gerando o Parecer da GECOT - Gerência de Consultas Tributárias nº 228/2002.

VOTO

No caso em tela, o Auto de Infração exige ICMS e aplica multa em decorrência da verificação do cometimento de diversas irregularidades por parte do sujeito passivo, sendo consignadas nove infrações.

Verifico da análise dos elementos constantes dos autos que, em momento algum, o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário.

Observo que o sujeito passivo se manifestou tão somente contra as infrações 02 e 04, não impugnando o lançamento referente às demais infrações, o que caracteriza ter reconhecido tacitamente as irregularidades apuradas nesses itens da autuação. Vejo que o procedimento fiscal, nesses casos, foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta.

Ademais, verifico que foram elaborados e acostados ao processo, os demonstrativos de débitos para determinação do *quantum* devido referente a cada infração, com identificação dos respectivos documentos de origem, correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores, que foram objeto deste lançamento. Além do que, o sujeito passivo recebeu cópias dos referidos demonstrativos e exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação, evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Deste modo, as infrações 01, 03 e 05 a 09 são procedentes.

Vejo que as infrações 02 e 04 se referem à cobrança do ICMS relativo ao estorno de créditos fiscais indevidamente utilizados e à diferença de alíquota, correspondentes a materiais destinados ao consumo do estabelecimento. O autuante entendeu que os referidos produtos, por se destinarem ao uso e consumo, não se constituem em insumo, e, assim, não dão direito ao crédito, gerando, conseqüentemente, a obrigação de pagamento do imposto referente à diferença de alíquota.

Em sentido contrário, foi alegado na defesa que tais materiais são consumidos no processo produtivo, compondo o produto final e que são legítimos tais créditos, em razão de que os citados produtos seriam imprescindíveis em sua atividade de extração de granito, mercadoria produzida pelo autuado.

Para que os materiais sejam considerados como produtos intermediários, é necessário que não apenas sejam consumidos no processo produtivo, mas concomitantemente integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição, conforme está previsto no art. 93, § 1º, do RICMS/97. Dos demonstrativos e cópias reprográficas das notas fiscais, anexados aos autos, constato que as mercadorias adquiridas se referem a peças de reposição e material de uso e consumo do estabelecimento, tais como: brocas, filtros diversos, suportes para roldana, abraçadeiras, calibradores, rebolos, botinas, bits, conebits, fios de diversos tipos, ponteiras, diversos tipos de conexões, mangueiras, lubrificadores, amortecedores, cintos de segurança, protetores auriculares, respiradores faciais, perfuratrizes, ferramental, paquímetros, afiadores de broca, rodas de transmissão, pára-raios, chave fusível, isoladores, transformadores e cabo de aço.

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, verifico que dentre os produtos relacionados acima, mesmo aqueles que devido à dureza da rocha sofrem excessivo desgaste, tais como os bits de aço, os conebits, as brocas e as ponteiras, são utilizados nos trabalhos de extração dos blocos, constituindo-se, dessa maneira, em peças de reposição e material de uso e consumo.

Observo que a jurisprudência do CONSEF nestes casos, é no sentido de que a aquisição dos referidos produtos não enseja o direito à utilização de crédito fiscal, bem como que é devido o recolhimento imposto relativo à diferença de alíquota correspondente, tendo em vista que não são considerados produtos intermediários, pois não afetam o processo produtivo.

Para melhor elucidar esta questão, transcrevo trecho do Acórdão CJF Nº 0015-11/03 (1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL), que trata de situações que guardam similaridade com o caso presente:

Tem imperado nas decisões do CONSEF, órgão de julgamento administrativo fiscal do Estado da Bahia, o entendimento contido no Parecer Normativo nº 1, da Procuradoria da Fazenda Estadual, que expressa posição de que não estão albergados no conceito de produtos intermediários e de matérias-primas os chamados bens instrumentais ou ferramentais, considerados acessórios ou componentes de reposição de maquinários leves ou pesados. Nesse conceito se incluíam as denominadas “bolas de aço” ou “bolas de moagem e britagem”. Com referência aos demais produtos elencados nos demonstrativos do Auto de Infração e referenciados na decisão da Junta, o Parecer Normativo nº 1 também os exclui do conceito de produto intermediário por se enquadrarem no conceito de produtos não afetados diretamente ao processo produtivo mas consumidos pelo estabelecimento na conservação, limpeza e em serviços diversos executados na linha de produção ou exploração de matérias-primas. A legislação do ICMS adota, desde a Constituição Federal até a lei ordinária, o princípio do crédito físico, salvo as exceções expressas, que vincula entradas tributadas a saídas tributadas. Esta é a substância do princípio da não-cumulatividade do ICMS, positivada no art. 155, § 2º, inc. I da Carta Magna, que admite a compensação do imposto em relação às operações de entradas tributadas vinculadas a saídas também tributadas, salvo hipótese de manutenção de crédito. Em consequência, a compensação do ICMS se estabelece com referência às operações de aquisição de mercadorias e produtos que estejam vinculados diretamente ao processo de transformação dos insumos de que decorra, na etapa seguinte, saídas tributadas pelo imposto. As etapas vinculadas a outros processos, indiretamente vinculados à produção, a exemplo da manutenção de equipamentos, tratamento de resíduos industriais e conservação de maquinário, que se realizam “a latere” do processo produtivo, ensejam consumo de produtos que a legislação fiscal dá o tratamento de materiais de consumo e que, portanto, não asseguram direito de apropriação de crédito fiscal. Em verdade, o sistema de crédito que tem imperado na operatividade do ICMS é restrito, não comportando ampliações para abranger os insumos empregados na conservação, limpeza ou reposição de peças de equipamentos (bens ferramentais), pois, tudo que entra no processo produtivo é insumo, porém, nem todo insumo gera direito ao crédito. Esse é o entendimento que deflui da interpretação das normas que compõem o ordenamento, referentes a crédito fiscal do imposto de circulação de mercadorias, contidas na Lei Complementar nº 87/96, Lei Estadual nº 7014/96 e Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Decisões reiteradas do órgão administrativo de julgamento consignadas nos Acórdãos nºs 0130/00, 0222/00, 1134/00, 1416/00, 1731/00, 2667/00, vem se posicionando no sentido de que produtos não diretamente afetados ao processo de produção ou extração não geram direito de crédito fiscal. Nessas circunstâncias, em que as citadas mercadorias, apesar de indispensáveis, não são objeto de consumo direto no processo produtivo ou extrativo ou na elaboração dos produtos finais, mas participam do processo na qualidade de agentes de manutenção dos

equipamentos ou peças de reposição, enquadram-se na categoria de material de consumo, cujos créditos só estarão assegurados aos contribuintes a partir do ano de 2007, por força de disposição da Lei Complementar nº 114/02”.

Assim, não resta dúvida de que o entendimento dominante nas decisões prolatadas por este Conselho de Fazenda Estadual, embasado, inclusive, no Parecer Normativo nº 1, da Procuradoria da Fazenda Estadual, expressa a posição de que não estão albergados no conceito de produtos intermediários e de matérias-primas os chamados bens instrumentais ou ferramentais, considerados acessórios ou componentes de reposição de maquinários leves ou pesados, entre os quais se incluem os materiais utilizados, no caso, pelo autuado.

Deste modo, considerando restar evidenciado que todas as mercadorias adquiridas se referem a peças de reposição e material para uso e consumo do estabelecimento, conforme indicado no demonstrativo juntado ao processo, bem como pelas cópias reprográficas das notas fiscais, deve ser exigido o imposto concernente ao crédito fiscal indevidamente utilizado, assim como à diferença de alíquota que não fora recolhido.

Pelas conclusões acima, e considerando que os valores exigidos nas duas infrações discutidas se referem aos mesmos tipos de produtos, que foram adquiridos em outras unidades da Federação para o uso e consumo, concluo pela subsistência dos dois itens da autuação.

Não acolho a solicitação de diligência, considerando que o autuado teve oportunidade e já apresentou suas argumentações na impugnação e que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278999.0024/06-4**, lavrado contra **XANGÔ MINERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.468,20**, acrescido das multas de 50% sobre R\$10.040,35, 60%, sobre R\$27.151,63, 150% sobre R\$5.382,00 e 70%, sobre R\$ 3.894,22, previstas, respectivamente, nos incisos I, alínea “a”, II, alíneas “a” e “f”, V, alínea “a” e III, todos do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$1.464,08**, prevista no inciso IX, do artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR