

A. I. Nº - 110427.0061/09-0
AUTUADO - MINERADORA DIAMANTE NEGRO LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 09.06.10

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0141-04/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. A restituição de valores lançados a maior no Livro de Apuração do ICMS deve ser levada a efeito de acordo com os ditames dos artigos 73 a 79 do RPAF/99. Infração caracterizada. **b)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Ilícito não impugnado pelo sujeito passivo. Infração mantida. **c)** BASE DE CÁLCULO. SUBFATURAMENTO. A base de cálculo do ICMS é o valor da operação. Ficou comprovado o subfaturamento, o que caracteriza a redução indevida da base imponível. Infração caracterizada. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** BASE DE CÁLCULO. DESPESAS ACESSÓRIAS. FRETE. Ilícito não impugnado pelo sujeito passivo. Infração mantida. **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Ilícito não impugnado pelo sujeito passivo. Infração mantida. **c)** DIVERGÊNCIAS ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Ilícito não impugnado pelo sujeito passivo. Infração mantida. **d)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinado a uso, consumo ou ativo permanente. Infração caracterizada. **e)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Infração devidamente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2009 e exige ICMS no valor de R\$ 46.383,20, acrescido de multas, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de material para o uso e consumo do estabelecimento (peças de reposição, materiais de limpeza e outros). Valor exigido de R\$ 2.766,59 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96.
- 2- Recolhimento a menos do imposto em decorrência de divergências entre os valores constados no Livro Registro de Apuração e aqueles escriturados no livro Registro de Apuração. Valor exigido de 60%, prevista no art. 42, II, "b" da Lei nº 7.014/96.

- 3- Recolhimento a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (granito proveniente de extração própria). Valor exigido de R\$ 3.755,36 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.
- 4- Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à prestação de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Valor exigido de R\$ 257,00 e multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96.
- 5- Falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do tributo referente a operações não escrituradas em livros próprios. Valor exigido de R\$ 1.363,49 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 6- Falta de recolhimento do imposto em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros próprios. Valor exigido de R\$ 2,40 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.
- 7- Recolhimento a menos em decorrência de uso de documento fiscal consignando preços inferiores ao praticado (subfaturamento referente a saídas de granito de extração própria para outras unidades da Federação, tendo o contribuinte utilizado os valores mínimos de pauta fiscal em detrimento do custo de produção, explicitado em demonstrativo). Valor exigido de R\$ 13.607,17 e multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 8- Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outros Estados e destinadas ao consumo do estabelecimento (Anexo III do Auto de Infração). Valor exigido de R\$ 6.111,61 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 9- Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas em outros Estados e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento (Anexo IV do Auto de Infração). Valor exigido de R\$ 5.228,00 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 61 a 77.

No tocante à infração 01, estriba-se nos artigos 19 e 20 da Lei Complementar 87/96 para argumentar que o crédito lhe é de direito, inclusive porque os materiais incorporam o custo de produção. Requer o “cancelamento desta infração e suas penalidades”.

Com relação à infração 02, informa que recolheu a maior no mês de novembro de 2004 a quantia de R\$ 1.233,64. Considerando o equívoco, no período seguinte, dezembro do mesmo ano, computou o pagamento a maior do mês anterior, abatendo da quantia a recolher, razão pela qual entende que são indevidas as cobranças concernentes a esses dois períodos (novembro e dezembro de 2004). Requer o cancelamento das mesmas.

Quanto à infração 07, aduz que teve gastos acima das receitas, resultando em prejuízo no exercício autuado, fato que não caracteriza subfaturamento, já que procedeu de acordo com os comandos do art. 73, I do RICMS/BA e da Instrução Normativa 53/2004. Assevera que não tem uma contabilidade de custos integrados ou estrutura operacional para apurar o custo de produção, utilizando assim, como base de venda, os valores definidos pelo Fisco Estadual. Diz ser característica do seu ramo de atividades o fato de muitas vezes trabalhar com prejuízo operacional, por ser obrigado a preparar o terreno e a lavra para ficarem em ponto de extração, ou também em função de o material extraído no momento não ser o que o mercado valoriza. Por isso mesmo – segundo argumenta –, o Estado, no art. 73 do RICMS/BA entende que o crédito tributário é de difícil apuração. Pede o cancelamento da infração.

Em seguida, no que se refere à infração 08, pondera que o autuante considerou no seu levantamento diversos itens que não se aplicam à exigência, visto

consumo que se incorporam ao custo de produção”. Utiliza o mesmo argumento e fundamento jurídico da infração 01 (artigos 19 e 20 da LC 87/96) para aduzir o seu direito ao crédito.

Nessa linha, relativamente à infração 09, também entende ter direito ao crédito referente às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, com fundamento nos artigos 301 do Regulamento do Imposto de Renda, 20 da LC 87/96 e 20, parágrafo 5º da LC 102/00.

Requer o “cancelamento e a revisão” das infrações 08 e 09.

O autuante, na informação fiscal de fls. 131 a 135, relativamente à infração 01, esclarece que as mercadorias não constituem matéria-prima, produto intermediário nem integram qualquer outro custo direto do produto final. Trata-se de materiais de consumo de curta e média duração. Em se tratando de aquisição de materiais destinados a uso ou consumo do estabelecimento, assinala que o crédito do imposto só poderá ocorrer a partir de 1º de janeiro de 2011. Cita os Pareceres GECOT 03704/2007, de 11/04/2007 e 00196/2008, de 04/01/2008, que externam o entendimento sobre o aproveitamento de créditos fiscais por estabelecimentos extratores de minérios. Referidos Pareceres (cópias anexas) apontam no sentido de que somente geram crédito de ICMS as aquisições de produtos caracterizados como insumos, ou seja, aqueles que participam do processo de extração sendo consumidos no mesmo, ou que integrem o produto final na condição de elemento indispensável ou necessário. Esclarece, ainda, que não geram direito ao crédito ferramentas e materiais de uso e consumo. Mantém a autuação, uma vez que os itens constantes do levantamento de fls. 28 a 31 são peças de reposição para máquinas e implementos utilizados na extração, trapos para limpeza, mangueiras e outros semelhantes, não utilizados diretamente no processo extractivo do minério.

Com referência à infração 02, entende que as argumentações defensivas não procedem, haja vista o fato de as saídas do mês novembro/2004, constantes do demonstrativo de fl. 33, serem tributadas à alíquota de 17%. Com base na documentação de saída e nos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração (fl. 55, CFOP 5.102), encontrou a base de cálculo de R\$ 64.987,30 que, tributada à alíquota de 17%, resulta em um débito de R\$ 11.047,84, como consta do Demonstrativo Resumo de Conta Corrente do ICMS à fl. 32. Assim, não tendo o defensor trazido aos autos elementos materiais comprobatórios de que houve erro na aplicação da alíquota nas saídas do mês de novembro/2004, uma vez que as operações são internas e, portanto, sujeitas ao percentual de 17%, conclui pela procedência dos valores apurados no demonstrativo de fl. 32, confirmado as diferenças apuradas no exercício de 2004, correspondentes a R\$ 2.060,12 e R\$ 819,41 em novembro e dezembro respectivamente.

No que tange à infração 07, cujo demonstrativo está à fl. 44, assinala que o impugnante não observou que, de acordo com o art. 73 do RICMS/BA, no caso de produtor ou extrator, a pauta fiscal só deverá ser adotada se estes forem pessoas físicas não inscritas no Cadastro do ICMS. Portanto, não equiparados a comerciantes ou industriais.

Os produtos da extração do sujeito passivo foram transferidos para o Estado do Espírito Santo, para lá serem beneficiados. Transcrevendo o art. 56, inciso V, alíneas “a”, “b” e “c” do RICMS/BA, observa que o CNPJ do autuado é 05.294.634/0002-07, tratando-se desta forma, de uma filial. Mantém a exigência.

Conforme argumentou na informação relativa à primeira infração, com relação à oitava, cujo demonstrativo está às fls. 49 a 53, diz que os materiais adquiridos para uso e consumo (peças de reposição para máquinas e implementos, câmaras de ar, abraçadeiras, cabos de aço, materiais de segurança, ferramentas de pequeno valor, mangueiras, fardamentos e outros) referem-se a produtos não utilizados como insumos na extração mineral, que não integraram o produto final na condição de elemento indispensável ou necessário, nos termos dos Pareceres 03704/2007 e 00196/2008, emitidos pela DITRI/GECOT.

Quanto à alegação de que nesta exigência foram considerados 1 permanente do estabelecimento, assevera que não procede. A1

relacionar todos os materiais por espécie, integrantes desta infração, como consta do ANEXO III (fls. 49/53), onde se pode verificar que todas as mercadorias são de consumo pouco durável e de fácil desgaste, não podendo caracterizar ativo permanente.

Assinala ter tido o cuidado de relacionar em separado o material relativo ao ativo permanente, lançando o imposto na infração 09, tendo em vista a falta de registro dos valores referentes à diferença de alíquota no livro Registro de Apuração, como consta do ANEXO IV.

Mantém as infrações 08 e 09 e conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Primeiramente, é importante registrar que as infrações 03, 04, 05 e 06 não foram impugnadas. Assim, com supedâneo no art. 140 do RPAF/99 as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento. Infrações mantidas.

Uma vez que o defensor pediu revisão de algumas infrações, concluo que não há razões para o acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejam a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Os levantamentos e documentos presentes no processo demonstram cristalinamente a autoria e a materialidade dos fatos.

Com relação à infração 01, o autuado afirma ter direito ao crédito, com fundamento na argumentação de que os materiais integram o custo e nos artigos 19 e 20 da Lei Complementar 87/96.

Entendo que não assiste razão ao contribuinte. Primeiramente porque não é o fato de os materiais integrarem o custo de produção que ensejará o direito ao crédito, mas a comprovada caracterização desses como insumos ou como elementos integrantes do produto final, essenciais ou necessários ao seu fabrico.

Os itens levantados no demonstrativo de fls. 29 a 31 são de típica destinação ao uso e consumo (trapos, mangueira, cabo de aço etc.). Assim, não se pode olvidar que, de acordo com o art. 33, I da LC 87/96, somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011.

É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração 01 caracterizada.

Com relação à controvérsia concernente à segunda infração, entendo que a restituição de valores eventualmente lançados a maior no Livro de Apuração do ICMS, em um determinado mês, deve ser levada a efeito de acordo com os ditames dos artigos 73 a 79 do RPAF/99, que trata da repetição de indébito, que não pode ser objeto de compensação neste processo, e não de iniciativa própria, como quis fazer crer o impugnante.

Por outro lado, o autuado não trouxe aos autos quaisquer documentos, livros fiscais ou até mesmo memoriais de cálculo que fundamentassem as suas argumentações, o que leva à aplicação do dispositivo do art. 142 do RPAF/99:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Infração 02 caracterizada.

No tocante à infração 07, o art. 73, I do RICMS/BA determina que a base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticada no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação. Isso nas operações com produtos agropecuários e com produtos extrativos animais, vegetais e minerais.

Todavia, o inciso III do parágrafo 2º do mesmo artigo estabelece que, para os casos de operações com produtos agropecuários e extrativos, somente será adotada pauta fixa quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado.

ou extrator não equiparado a comerciante ou a industrial ou por pessoa não inscrita no cadastro estadual, ressalvadas as operações com gado e carvão vegetal.

Desse modo, resta cristalinamente delineada a vedação do uso de pauta fiscal por parte de contribuinte inscrito no Cadastro desta Secretaria da Fazenda, como é o caso do autuado.

A base de cálculo do ICMS é o valor da operação. Ficou comprovado o subfaturamento, o que caracteriza a redução indevida da base imponível. Infração 07 caracterizada.

Quanto à infração 08, não encontrei no demonstrativo de fls. 49 a 53 qualquer item de destinação típica para o ativo fixo, mas sim para uso e consumo, a exemplo de peças de reposição, câmaras de ar, abraçadeiras, cabos de aço, materiais de segurança, ferramentas, mangueiras, fardamentos etc. Dessarte, assim como na infração 09, a cobrança da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais é pertinente, de acordo com o art. 5º, I do RICMS/BA.

Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente.

Infrações 08 e 09 caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110427.0061/09-0, lavrado contra **MINERADORA DIAMANTE NEGRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 46.383,20**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 31.155,54, 150% sobre R\$ 257,00, 70% sobre R\$ 1.363,49, e 100% sobre R\$ 13.607,17, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “b” e “f”, VII, “a”, V, “a”, III e IV, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES - RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR