

PROCESSO - A. I. N° 206886.0001/12-1
RECORRENTE - MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0117-03/14
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 31/07/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0190-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE APRECIAÇÃO DE MÉRITO. NOVA DECISÃO. A Junta de Julgamento Fiscal não se debruçou sobre questões as quais esta CJF não pode apreciar em sede de Recurso, sob pena de supressão de instância. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 3ª JJF n° 0117-03/14, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 26/09/2012 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 859.540,98, sob a acusação do cometimento de quatro irregularidades, das quais fazem parte da peça de irresignação as de números 1 e 4, abaixo transcritas.

INFRAÇÃO 1 - Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de materiais de uso e consumo. Lançamento nos livros fiscais de materiais de uso e consumo com os CFOPs 1.101 e 2.101, ao invés de 1.556 e 2.556. R\$131.724,49 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao uso e consumo. R\$657.603,24 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 28/05/2014 (fls. 559 a 565) e decidiu pela procedência por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

"VOTO

Incialmente, analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendant, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2007, sendo alegado nas razões de defesa que o Fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a agosto de 2007, fundamentando a alegação no § 4º do art. 150 do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomado conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

*...
§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2007 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2012. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 26/09/2012, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Lançamento nos livros fiscais de materiais de consumo nas CFOPs 1101 e 2101 ao invés das CFOPs 1556 e 2556, creditando-se indevidamente do imposto, nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

O defensor comentou sobre cada item do seu processo produtivo e afirmou que os produtos objeto da autuação se mostram essenciais ao regular desempenho da atividade de extração mineral desenvolvida pela empresa e não pode prevalecer o estorno do creditamento decorrente das respectivas aquisições.

Quanto à utilização de crédito fiscal relativo às aquisições de insumos, matérias primas, produtos intermediários e embalagem, o § 1º, inciso II do art. 93, do RICMS/97, vigente à época, estabelece:

Art. 93.

...
§ 1º Salvo disposição em contrário, 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:

I - 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; e

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.

Observo que a apuração do que seja material de consumo não pode ser feita exclusivamente a partir de conceitos abstratos. É preciso saber de que forma o material é empregado pelo estabelecimento, e a partir desta constatação, tomando conhecimento da função de cada bem no processo produtivo é que se pode concluir se o material é para consumo ou insumo. O correto é verificar, caso a caso, apurando o que seja utilizado, empregado ou consumido em cada setor e o que é direta e imediatamente aplicado no processo produtivo.

Em relação ao Parecer Normativo nº 1/81, citado pelo defensor, cumpre observar que a legislação do antigo ICM não era precisa na fixação dos critérios de identificação os produtos intermediários, e a Procuradoria da Fazenda, através do seu presidente àquela época, o Prof. Johnson Barbosa Nogueira, elaborou o famoso Parecer Normativo nº 1/81, o qual passaria a orientar a fiscalização e demais órgãos fazendários acerca do conceito de produto intermediário.

Entretanto, de acordo com o critério adotado pela Lei nº 7.014/96, atualmente em vigor e pelo RICMS-BA/97, foram definidos quais os insumos que dão direito ao crédito, o que derrogou o mencionado Parecer Normativo nº 1/81. Ou seja, ao ser editado o RICMS/97, o legislador, deixou de lado a importância em se definir o que sejam "insumos" ou o que sejam "produtos intermediários", preferindo especificar, em detalhes, o que e em

que casos dá direito ao crédito, conforme se pode observar no § 1º do art. 93 do RICMS/97, já reproduzido neste voto.

Como é impossível que o Relator do PAF conheça a totalidade das funções dos produtos objeto da glosa do crédito fiscal e da exigência do imposto, foi solicitada a realização de diligência fiscal por preposto da ASTEC, no sentido de que fosse apurado de que forma e as etapas de utilização, explicando se o material objeto da autuação é consumido durante o processo produtivo.

Em atendimento à intimação realizada por preposto da ASTEC, para o cumprimento da diligência encaminhada por esta JJF, o defendant apresentou o CD-ROM contendo descriptivo técnico dos bens objeto das glosas, indicando como são empregados no processo produtivo.

Vale salientar que materiais de consumo empregados pelo estabelecimento fora do processo produtivo. É o caso dos materiais de limpeza e gastos gerais do escritório. Consideram-se também de uso ou consumo aqueles materiais que, embora empregados ou consumidos no setor de produção, não têm vinculação direta com o produto em elaboração, não integram o produto final, como é o caso de peças de reposição e manutenção, fardamento de operários, botas, luvas, capacetes, máscaras, etc. Neste caso, embora esses bens participem do processo industrial não integram o produto final, sendo considerados materiais e uso ou consumo.

No presente PAF, com base na descrição feita pelo autuado no CD-ROM que apresentou em cumprimento à diligência encaminhada por esta JJF, e de acordo com análise efetuada no levantamento fiscal, foi verificado que os bens objeto da glosa do crédito (item 1º do Auto de Infração) são materiais de uso ou consumo, não são insumos da produção, a exemplo de parafuso, disjuntor, rolamento, botina, materiais diversos.

Assim, pelo que consta nos autos, foi apurado que os materiais objeto da exigência contida na infração 01 referem-se a bens que embora possam estar vinculados ao processo produtivo do autuado, com base na descrição feita pelo próprio Contribuinte, não podem ser considerados insumos, por isso, é subsistente o imposto lançado no primeiro item do presente Auto de Infração.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado não impugnou as infrações 02 e 03, tendo informado que promoveu ao recolhimento dentro do prazo de defesa. Assim, considero procedentes os itens não impugnados, haja vista que não há controvérsia a ser decidida.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96), conforme demonstrativo às fls. 08 a 20 do PAF.

O autuado alegou que o levantamento fiscal relaciona diversas notas fiscais referentes a entradas de mercadorias que não se referem a aquisições para uso/consumo e, consequentemente, não sujeitas ao pagamento do ICMS por diferença de alíquotas.

Constata-se que este item da autuação também está relacionado à infração 01, em que foi exigido o imposto relativo ao crédito fiscal considerado indevido, correspondente aos materiais considerados de uso ou consumo do estabelecimento. Como foi verificado que os bens objeto da glosa do crédito (item 1º do Auto de Infração) são materiais de uso ou consumo, consequentemente, é procedente o lançamento da diferença de alíquotas neste item 4º do Auto de Infração.

O defendant também alegou que, ainda que admitisse a procedência das glosas refutadas, bem como a subsistência da cobrança da diferença de alíquotas, entende que não poderia a Fiscalização estadual aventar a exigência de quaisquer débitos, considerando que no período autuado dispunha de saldos credores de ICMS suficientes para fazer face aos montantes lançados. Tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais ou créditos acumulados, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos".

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 581 a 611, no qual inicia sintetizando as acusações e informando que promoveu o recolhimento dos valores relativos às imputações 02/03.

Com fulcro no art. 150, § 4º do CTN, bem como em doutrina e jurisprudência (fls. 590/591), suscita prejudicial de decadência, concernente ao direito do Fisco de lançar quantias resultantes dos fatos ocorridos entre janeiro e agosto de 2007, ressaltando que a legislação das entidades

federativas jamais poderá exacerbar o quinquênio estabelecido no mencionado Código.

No mérito da infração 1, alega que os bens auditados - a exemplo da energia elétrica utilizada na atividade de mineração - constituem elementos indispensáveis à sua atividade, a qual desenvolve apropriando-se dos respectivos créditos.

À fl. 599, transcreve parte do Acórdão de primeira instância, reclamando do fato de no mesmo não ter sido tecida qualquer tipo de consideração acerca dos créditos decorrentes de aquisição de energia elétrica (Notas Fiscais nºs 387.096, 186.242, 186.243, 682.041, 682.042, 682.043, 623.063 e 681.676 (documento 05 da defesa)), matéria abordada na impugnação (documento 05 e fls. 80 e 93) e na manifestação sobre a diligência solicitada pela JJF (fls. 511 e 517). À fl. 517, no item 3.1 da referida manifestação, já havia se insurgido contra o fato de o diligente da ASTEC/CONSEF não ter opinado sobre tal assunto (crédito de energia elétrica).

Em seguida, citando dispositivos constitucionais, legais e regulamentares, em conjunto com o Parecer Normativo nº 01/1981 (fls. 596/597), assevera que insumos nem sempre integram produtos finais. Na sua concepção, são bens adquiridos para emprego no processo de industrialização, nele se consumindo.

Passa a discorrer sobre as especificidades do processo fabril, que tem início com a extração de compostos rochosos da mina e a britagem primária, seguida de moagem, espessamento, lixiviação CIL, tratamento de rejeitos (DETOX), lavagem ácida, eluição, regeneração, lixiviação intensiva, eletrólise e fusão.

Posteriormente, contextualiza a aplicação nas sobreditas atividades dos itens objeto da glosa de créditos, chamando especial atenção para o fato de que, na mineração em análise, não há agregação de produtos, mas desagregação de rochas para buscar o minério aurífero nelas existente, o qual será posteriormente fundido, resultando em barras de ouro.

Referindo-se à quarta infração, manifesta o entendimento de que não deve prosperar a cobrança de diferença de alíquotas nas entradas de insumos fabris, tal como afirma ter demonstrado nas argumentações acima relatadas. Somente o contribuinte revestido da qualidade de consumidor final é que fica adstrito a essa espécie de pagamento.

Volta a contestar a primeira imputação, desta feita sob o argumento de que possuía saldos credores acumulados nas datas das ocorrências, mais do que suficientes para fazer face aos estornos perpetrados pelo auditor. Tal situação, muito embora tenha sido ventilada na defesa (fls. 93 a 98) e na manifestação (fls. 526 a 530), não foi tratada na Decisão recorrida.

Afirma que, ao contrário do que entendeu o julgador “*a quo*”, a sua intenção não era compensar as quantias lançadas com os créditos acumulados, mas reclamar a eficácia da norma contida no art. 42, VII da Lei nº 7.014/1996.

Encerra requerendo o provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 615 a 620, afasta a tese de decadência e, no mérito, assinala que os itens objeto da fiscalização não são consumidos em um único processo de produção, pelo que não concorda com as pretensões do recorrente.

Entende que são de uso e consumo os bens não desgastados completamente e não integrados ao produto final na condição de elementos indispensáveis, delimitação legal que demonstra o regime de crédito físico adotado pelo legislador.

Opina, portanto, pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

O sujeito passivo, na impugnação (fls. 80 e 93) e na manifestação sobre a diligência solicitada pela JJF (fls. 511 e 517), manifestou-se de forma veemente contra a glosa de créditos decorrentes de aquisições de energia elétrica (faturas / Notas Fiscais nºs 387.096, 186.242, 186.243, 682.041,

682.042, 682.043, 623.063 e 681.676, juntadas às fls. 157 a 164).

Tomando como fundamento a redação dada ao art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/1996 pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, na defesa (fls. 93 a 98) e na manifestação (fls. 526 a 530), o contribuinte insurgiu-se contra a exigência do imposto (obrigação principal), sob a alegação de que possuía créditos acumulados em montantes superiores aos exigidos na infração 1.

Sobre o primeiro assunto nada foi dito na Decisão recorrida, o que inquia a mesma de vício insanável, a teor do art. 93, X da CF/1988 e do art. 18, III do RPAF/1999. Esta Câmara nada pode dizer sobre o mérito da questão, sob pena de supressão de instância.

Não se está a afirmar que o recorrente tem ou não razão, tampouco que as faturas / notas fiscais de energia elétrica fizeram ou não parte do demonstrativo elaborado pelo autuante, mas sim que o autuado possui o legítimo direito de ter o assunto apreciado e decidido de forma aprofundada pela Junta de Julgamento Fiscal (JJF).

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Art. 18. São nulos:

(...)
III - As decisões não fundamentadas;
(...).

Relativamente aos supostos créditos acumulados, em montantes alegadamente superiores aos exigidos na infração 01 (art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/1996), a JJF não acolheu as alegações defensivas sob o argumento de que "*nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais ou créditos acumulados, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração*".

Data vênia, não se trata de compensação, mas de aplicação da regra do sobredito dispositivo legal (art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/1996), que estabelece a exigência isolada da multa quando os créditos acumulados forem superiores aos glosados. Mais uma vez, não se está a dizer que o recorrente tem razão, muito menos que não tem, pois isso significaria supressão de instância, já que a JJF, consoante o acima exposto, não analisou a alegação defensiva, decidindo com base em pedido inexistente.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário e julgo NULA a Decisão recorrida. O processo deverá retornar à JJF para nova deliberação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado e decretar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 206886.0001/12-1, lavrado contra MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A. Os autos devem retornar à Junta de Julgamento Fiscal para nova deliberação.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS