

A. I. N° - 279696.0007/17-2
AUTUADO - CIA DE FERRO LIGAS DA BAHIA FERBASA
AUTUANTE - ANGERSON MENEZES FREIRE
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01/08/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0103-03/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento. Evidenciado que os produtos arrolados na autuação são partes e peças destinadas à manutenção de máquinas e equipamentos, portanto, esses produtos se classificam como materiais de uso e consumo. O crédito fiscal de ICMS decorrente de aquisições de materiais de uso e consumo, somente poderá ser utilizado a partir de 1º de janeiro de 2020. Infração subsistente. Indeferido o pedido de perícia. Afastada a arguição de nulidade. Acolhida a arguição de decadência para eventos ocorridos anteriores a 05.07.2012. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/06/2017, exige crédito tributário no valor de R\$421.106,09, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2012 a novembro de 2016. (Infração 01.02.02)

O autuado ingressa com defesa fls.90/96. Diz que irressignada contra o Auto de Infração vem perante esse Colegiado, impugnar os termos da autuação e consoantes argumentos a seguir expendidos, pugnar pela improcedência da Infração que passa a discutir. Registra a tempestividade de sua peça defensiva.

Aponta vício que diz implicar nulidade. Reproduz os requisitos descritos no artigo 39, inciso V do RPAF/99, para reforçar seu entendimento. Diz que verificando o Auto de Infração, constata que o Auditor fez referência de forma ampla a alguns artigos, no entanto, sem apontar o inciso correspondente à acusação fiscal. Cita como exemplo, o artigo 124 do Regulamento do ICMS/97, do Estado da Bahia, referido no Auto de Infração no enquadramento legal, que possui diversos incisos ou alíneas.

Aduz que a não identificação precisa dos dispositivos legais supostamente infringidos e/ou que respaldem a lavratura do Auto de Infração, impossibilita a defesa plena do contribuinte, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Acrescenta que não foram apresentados os Termos de Início e Encerramento da Fiscalização, contrariando os artigos 28 e seguintes do RPAF/99.

Afirma que os itens em discussão consistem em materiais intermediários, imprescindíveis ao processo produtivo. Não obstante, o Auditor Fiscal os considerou como de uso e consumo, sem ao menos colacionar aos autos, qualquer documento capaz de desqualificá-los como produtos intermediários.

Registra que o Parecer acostado aos autos pelo Auditor Fiscal, referente ao Processo n° 18026120130, é extremamente sucinto e se refere a consulta realizada por empresa de engenharia

civil, cuja atividade não guarda qualquer relação com a de mineração (que é a atividade da unidade autuada), não podendo, portanto, ser aproveitado para o presente processo, razão pela qual resta impugnado.

Assevera que para se verificar se um material é intermediário, ou não, se deve ter profundo conhecimento do processo produtivo do Contribuinte, para assim, constatar a pertinência ou não, do seu enquadramento.

Aduz que a simples afirmação de que os materiais consistem em bens de uso e consumo constitui afronta ao que dispõe o artigo 130 do Código tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/191), tornando o auto de infração nulo de pleno direito.

Suscita a decadência, argumentando que da leitura do Auto de Infração se faz deduzir que houve utilização supostamente indevida de crédito em datas anteriores a 5.7.2012, isto é, anteriormente ao quinto ano retrospectivo à data da notificação do Auto de Infração. Conforme cediço, o Código Tributário Nacional prevê que a decadência do direito do fisco para lançar tributos, ocorre em cinco anos contados da data do fato gerador (artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional).

Requer que na remota hipótese de não acolhimento da nulidade arguida, antes mesmo de adentrar a improcedência do Auto de Infração por insubsistência da acusação fiscal e inobservância de requisitos normativos, é *mister* que se reconheça a decadência operada, com a extinção dos respectivos créditos tributários, que sequer poderiam ter sido constituídos.

Repete a infração que lhe foi imputada. Esclarece que a unidade autuada possui como uma de suas principais atividades a extração dos minérios. Para que haja um melhor entendimento das suas atividades, diz anexar relatório que explicita o seu processo produtivo.

Afirma que se utiliza de diversos materiais (intermediários) imprescindíveis à realização das suas atividades, como é o caso dos itens apontados no Auto de Infração ora combatido. Aduz que o Auditor se equivocou, provavelmente por desconhecer seu processo produtivo, tratando os produtos intermediários utilizados, como bens de uso e consumo.

Frisa que a maior parte dos materiais apontados já foi objeto de discussão nas Ações Anulatórias nº 0122742-05.2006.805.0001 e 0162769-30.2006.805.0001 (Autos de Infração 206910.0004/06-5 e 269140.0004/06-5, respectivamente), sendo a qualidade de material intermediário ratificada. Afirma que de igual modo, os itens que não foram objeto de debate nas referidas Ações Anulatórias, também são materiais intermediários.

Invoca o princípio da não- cumulatividade, artigo 155, § 22, II, da CF. Explica que desse princípio decorre do seu direito ao crédito tributário que deve ser observado por todos os Entes, salvo nas hipóteses de isenção e da não incidência, que representam exceções constitucionais e que, por isso, devem ser interpretadas restritivamente.

Informa que no caso em apreço, como contribuinte que exerce atividade de extração mineral, a matéria é regulada pelo artigo 93, I do RICMS/1997 e pelo artigo 309, I, "b" do RICMS/2012. Aduz que os referidos textos legais apontam que constitui crédito fiscal, o valor do imposto cobrado relativo às aquisições de produtos intermediários para a extração mineral. Como dito, os itens apontados pelo Auditor Fiscal no Auto de Infração, consistem em materiais intermediários, imprescindíveis à extração mineral e cuja classificação, em sua maior parte, já foi confirmada nas Ações sendo, portanto, garantido o direito ao crédito pela autuada.

Afirma que na remota hipótese do não convencimento dos Julgadores pelos documentos já colacionados aos autos, em relação a algum item que não tenha sido objeto das Ações Anulatórias referenciadas, requer seja determinada a realização de perícia, para verificação do seu processo produtivo e a constatação de que os produtos objeto do Auto de Infração, ora impugnado, são materiais intermediários.

Requer deste Colegiado seja declarado nulo o referido Auto de infração, tendo em vista: (a) a não identificação precisa dos dispositivos legais supostamente infringidos, (b) a ausência dos termos de Início e Encerramento da Fiscalização e (c) a inexistência de provas que corroborem o quanto aduzido pelo Auditor.

Se não acolhida a nulidade arguida, se reconheça a decadência operada, no que tange a apuração do período anterior a 5.7.2012. Requer ainda: (i) se julgue improcedente a acusação fiscal, uma vez que os itens objeto do Auto de Infração, consistem em materiais intermediários gerando, portanto, direito ao crédito; (ii) na remota hipótese do não convencimento pelos documentos já colacionados aos autos, seja determinada a realização de perícia.

Protesta pela produção de todos os meios de prova permitidos em Direito, em especial a realização de perícia, com verificação do seu processo produtivo, nos termos do artigo 145 do RPAF/99, para constatação da pertinência do enquadramento dos itens, ora debatidos, como materiais intermediários. Reserva-se ao direito de indicar assistente técnico e quesitos à época da realização dos trabalhos.

O Autuante presta a informação fiscal fls.375/381. Sintetiza os termos da defesa. Afirma que o presente Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. A sua fundamentação é a falta de previsão legal para a utilização destes créditos.

Para reforçar seu entendimento, aduz que o inciso I, art. 33 da Lei Complementar nº 87/96, estabelece que somente darão direito ao crédito, as mercadorias entradas no estabelecimento, destinadas ao uso ou consumo, a partir de 1º de janeiro de 2020.

Aponta que os demonstrativos de débitos às fls. 53 a 85, são os mesmos do AI nº 279696.0008/17-9, que exige ICMS da diferença de alíquotas sobre os mesmos itens, quando pertinente. A divisão em dois autos de infração foi automática pelo SLCT – Sistema de Lançamento de Crédito Tributário, e neste PAF, os débitos da Infração estão na penúltima coluna dos demonstrativos (VI. Cred. Aud). Explica que fará referência na informação fiscal somente ao que for pertinente a uma contestação (ainda que seja mera alegação). Diz que isso se deve ao fato de no item 1, fl. 91, ao item 36, fl. 96 da impugnação, constarem diversos itens que dispensam informação ou consideração.

Informa que o Auto de Infração foi lavrado conforme a legislação vigente e com as tipificações conforme constam no enquadramento legal e multa aplicada, indicados no SLCT (Sistema de Lançamento de Crédito Tributário) da Secretaria da Fazenda. Aduz que o Termo de Início de Fiscalização foi regularmente lavrado no RUDFTO (Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências) do contribuinte, e tem cópia na fl. 07 deste Processo. O Termo de Encerramento consta no próprio Auto de Infração / T.E. – fl. 01 a 06. Portanto, não procede a informação do contribuinte.

Sobre a natureza, descrição e função dos materiais no processo produtivo, informa ser importante a distinção de conceitos para o termo “materiais intermediários”. Aduz que material é tudo que é corpóreo, que tem massa. Contrapostamente ao que é imaterial. Produto é tudo que é produzido pelo homem (não pela natureza). Tudo que é produzido é produto por ou para algum processo. Todo produto é material, exceto o produto do intelecto como, por exemplo, o conteúdo de um livro. Mas nem todo material é produto. Material intermediário pode não ser produto intermediário. Material de uso e consumo é todo o material que utilizado, se consome, se esvai, se extingue, se acaba pelo uso, pelo consumo propriamente, pelo desgaste, etc. Produto intermediário é o que é produzido (produto), e fará parte de outro processo de produção. Integrará outro produto, senão, não é produto intermediário.

Prossegue explicando que material intermediário é todo material que serve de intermediação a qualquer processo, inclusive todos os materiais de uso e consumo e todos os produtos intermediários. Material intermediário tem conceito amplíssimo. Todos os materiais de uso e

consumo (que não dão direito a crédito), são materiais intermediários. Todos os produtos intermediários (inclusive os que dão direito a crédito), são também, materiais intermediários. Ocorre que, por natural interesse na utilização dos créditos fiscais, os contribuintes possuem uma tendência em mudar a terminologia e definição ou até a aplicação, ou mesmo, o nome dos materiais nos processos industriais.

Para substituir e evitar o termo “material de uso e consumo”, os contribuintes usam palavras como: produtos intermediários (equivocadamente), insumos (que são genéricos), materiais diretos (normalmente devem ser específicos e definidos, como as matérias primas). Estes não se confundem com os materiais de uso e consumo.

Informa que os produtos listados (por exercício) no item 2, fls. 11 a 21 do relatório de auditoria, (iniciado na fl. 10), que são os mesmos listados no anexo fls. 22 a 33 deste processo, são produtos da indústria metalomecânica ou da indústria de plásticos. E são “produtos intermediários” para outras indústrias metalomecânicas e/ou para indústrias de máquinas e equipamentos, porque são componentes do seu produto final – as máquinas e equipamentos -, que serão os ativos permanentes de outras indústrias ou empresas.

Acrescenta também, que esses mesmos produtos do item 2 retromencionados, não são “produtos intermediários” para indústrias de mineração. Eles não integram o produto final do autuado (o minério). São materiais (produtos na indústria metalomecânica, materiais na indústria de mineração), usados e consumidos (são materiais de uso e consumo), como peças de reposição dos equipamentos (ativos permanentes), ou utilizados nas diversas áreas da mina.

Remete os Julgadores aos documentos da defesa, apresentados pelo contribuinte fls.130 e 131, fluxogramas do processo com a representação dos principais equipamentos, informação nas fls. 379 a 381. Comenta que o enquadramento destes materiais como intermediário ou para uso e consumo dependem do “processo produtivo”.

Frisa que não é todo material necessário à produção, composto por um grande universo de materiais, que pode gerar crédito do ICMS, podendo deixar de ser caracterizado como de uso e consumo. Aduz que por lei, isso poderá mudar em 2020 – com a LC 138, que deverá permitir o direito ao crédito das mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento a partir de 1º de janeiro de 2020.

Salienta que a simples denominação de “materiais intermediários” pelo contribuinte, não dá direito ao crédito fiscal. Entende que para a indústria de mineração, os materiais referidos pelo autuado não são produtos intermediários. Afirma que o autuado confunde bens de uso e consumo com “produtos intermediários”, sobre os quais já fez as devidas considerações.

Chama a atenção dos Julgadores para o fato do autuado tentar desqualificar o Parecer da DITRI emitido para o processo 18026120130 – que anexa fls. 08/09 deste Processo, que especifica e declara na sua Ementa: *“ICMS. CRÉDITO FISCAL. PEÇAS DE REPOSIÇÃO. As aquisições de peças e partes de reposição, destinadas à manutenção das máquinas e equipamentos pertencentes ao ativo imobilizado do estabelecimento adquirente, não geram direito ao crédito do ICMS, visto que se caracterizam como materiais de uso e consumo.”*

Salienta que o citado Parecer é abrangente, muito bem elaborado pelo conteúdo e concisão, aplicando-se integralmente ao caso em questão. Reafirma que peça de reposição de ativo imobilizado, é material de uso e consumo.

Sobre a alegada “decadência” para débitos anteriores a 05/07/2012, informa que o Auto de Infração foi lavrado conforme determinação da Ordem de Serviço - OS 502164/17. O período fiscalizado com o levantamento do débito está dentro do período determinado na Ordem de Serviço. A respeito da reclamação sobre a multa, afirma que está em conformidade com a legislação.

Sobre os documentos anexados pela defesa, diz que se referem a ações judiciais de outros processos, com argumentos sobre a Constituição Federal, o princípio da “não-cumulatividade”, e sobre crédito fiscal. Diz que o presente auto de infração foi lavrado com base no RICMS/97, RICMS/2012 e na Lei 7.014/96.

Contesta a solicitação do autuado sobre diligência e repete que “materiais intermediários” ou quaisquer outros que sejam materiais de uso e consumo, não dão direito a crédito de ICMS nos termos da Lei Complementar 138/2010.

No que tange às cópias de documentos com descrição de processos produtivos, fotografias, esquemas e fluxogramas de processo de outra unidade da Autuada, destaca que não se referem ao estabelecimento que foi objeto da fiscalização. Explica que a unidade apontada pelo Autuado no DOC. 03, está localizada na Fazenda Ipueira, município de Andorinha/BA, que tem processo muito semelhante ao da empresa fiscalizada. A diferença, como informado pelos documentos apensados pelo sujeito passivo, é que a unidade aqui em lide, faz extração do minério a céu aberto e a outra faz extração, também subterrânea.

Observa que alguns dos documentos, anexados como DOC. 03, permitem um bom entendimento, e a confirmação do quanto informado sobre os referidos itens e também, sobre o que consta no Relatório de Auditoria – fls. 10/33 deste Processo, pois contêm as principais etapas de lavra de Minérios em geral, nas atividades de mineração.

Sobre o descritivo intitulado “Demonstração do Processo Produtivo Mina Subterrânea–Complexo de Ipueira”, assevera que é um descritivo geral dos principais e importantes aspectos e atividades da mineração, mais direcionados para a mina da FERBASA de Ipueira, no município de Andorinha (a outra mina já citada). Igualmente, a Demonstração do Processo, apenas com mapa de localização das unidades e minas da autuada, onde se constata a proximidade das duas minas, de Andorinha e Campo Formoso, por isso, a provável ocorrência geológica do minério de cromo em ambas.

Sobre a Mina de Ipueira, com informações sobre os percentuais de cromo constante do minério e sua destinação, bem como, o documento com apresentação do resumo sobre “Extração/Beneficiamento de Minério de Cromo”, que informa sobre o produto – minério de cromo – das duas minas e cita a distinção das formas de lavra - a céu aberto e subterrânea, diz que nada tem a informar, pois não se trata do estabelecimento autuado.

No que diz respeito ao fluxograma do processo com a representação dos principais equipamentos, afirma que cabem importantes informações que permitirão necessário entendimento sobre o processo (da mineração), conhecimento sobre a utilização dos equipamentos (ativo permanente) e sobre os materiais (de uso e consumo), mesmo por quem não seja especialista ou quem não seja da área de conhecimento da mineração.

Explica que os dois fluxogramas apresentam uma simplificação dos processos de produção e ambos mostram processos a céu aberto (não subterrâneos), que é o caso também da mina de Campo Formoso – objeto da autuação. Ainda que possa haver alguma variação no porte e tipo dos equipamentos – são, na essência, os mesmos para ambas as empresas, principalmente para efeito de tributação pela utilização indevida de crédito do ICMS, sobre aquisição de material de uso e consumo.

Observa que os equipamentos representados nos dois (02) fluxogramas, são do Ativo Imobilizado ou Permanente a que se refere na folha 11 deste processo (PAF), contida no Relatório de Auditoria (fls. 10 a 33), elaborado pela fiscalização.

Reproduz o que consta nas legendas dos fluxogramas: (i)- fl. 130: Silo / Alimentador (correia) / Britador / Alimentador vibratório / Peneira vibratória / Correia transportadora (alguns em mais de uma etapa do processo); (ii) - fl. 131: Silo / Alimentador / Britador cônico / Peneira vibratória / Moinho / Hidrociclone / Espiral / Mesa vibratória / Classificador hidráulico / Desaguador

helicoidal / Peneira rotativa / Bomba de polpa / Forno de secagem / Separador magnético / Espessador / Decantador.

Aponta que tanto nas listas das legendas dos fluxogramas, como na referência fl. 11, os ativos não estão completos, nem são necessariamente coincidentes, pois indicam apenas os principais equipamentos. Também, porque pode haver alguma diferença na tecnologia de extração do minério entre as duas Minas. A de Campo Formoso pode ter equipamentos diferentes da mina de Andorinha. Mas não resta dúvida de que são todos ativos permanentes, havendo certamente, como já citado, alguns outros.

Salienta que no Relatório de Auditoria - fls. 10 a 33 deste PAF, se refere obviamente apenas a itens da mina de Campo Formoso - empresa autuada, considerando as notas fiscais e a EFD (Escrituração Fiscal Digital) de cada exercício.

Reitera que as fls. 11/21 e das fls. 22 / 33, constam, por exercício, os materiais de uso e consumo, que são as peças de reposição dos referidos ativos permanentes ou materiais empregados diretamente nas atividades da mina, como já citado anteriormente. Esses materiais, não são produtos intermediários para a indústria de mineração. Como já citado, são materiais de uso e consumo e não dão direito a crédito de ICMS.

Sobre o Fluxograma de blocos intitulado “Cadeia de Valor – Minerações Ipueira e Pedrinhas Minério de CROMO”, com representação de fases e de recursos para as atividades de obtenção do minério de cromo, para as duas minas, conforme citado, trata-se de mina diversa da autuada.

Considera que todos os itens contestados pelo autuado são improcedentes, conforme demonstrado para cada item anteriormente, principalmente, pela falta de previsão legal para a utilização de crédito de ICMS pela aquisição de materiais para uso e consumo. Aponta a importância do Relatório de Fiscalização, Parecer da DITRI, e informações dadas na informação fiscal.

Solicita que as alegações do autuado sejam desconsideradas e que este auto de infração seja julgado procedente.

VOTO

Preliminarmente, o defendente alega que verificando o Auto de Infração, constata que o Auditor fez referência de forma ampla a alguns artigos, sem, no entanto, apontar o inciso correspondente à acusação fiscal. Citou como exemplo o artigo 124 do Regulamento do ICMS/97 do Estado da Bahia, referido no Auto de Infração quando do enquadramento legal, que possui diversos incisos ou alíneas. Disse que a não identificação precisa dos dispositivos legais supostamente infringidos e/ou que respaldam a lavratura do Auto de Infração, impossibilita a defesa plena do contribuinte, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Acrescentou ainda, que não foram apresentados os Termos de Início e Encerramento da Fiscalização, contrariando os artigos 28 e seguintes do RPAF/99.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que as alegações defensivas não possuem sustentação fática ou jurídica. O Termo de Início de Fiscalização foi regularmente lavrado no RUFTO (Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências) do contribuinte, e tem cópia na fl. 07 deste Processo. O Termo de Encerramento compõe o próprio Auto de Infração / T.E. – fl. 01 a 06. A acusação fiscal possui como base os demonstrativos com o cálculo do imposto fl. 22/33 e 53/85, cuja prova do recebimento destes documentos e do CD contendo os demonstrativos analíticos, se encontram apensados às fls. 86/87. Cópias das notas fiscais estão as fls. 34/52.

Quanto à alegação da falta de indicação precisa do inciso a que se referia o dispositivo regulamentar apontado como infringido, e que estes não possuem uma previsão normativa que caracterize o fato descrito como contrário à legislação tributária, também não procede. Em

verdade, os dispositivos do Regulamento considerados infringidos pelo autuado, foram indicados claramente no Auto de Infração, bem como, os dispositivos legais referentes à multa indicada.

Registro ainda, que mesmo havendo erro na indicação de dispositivos regulamentares, o que no presente caso não ocorreu, não implicaria nulidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 19 do RPAF/99. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de Lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade, o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente. Do teor de sua impugnação fiscal, verifica-se que compreendeu perfeitamente do que foi acusado, haja vista ter demonstrado perfeito conhecimento da infração, a qual foi fundamentada em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa, por falta de fundamentação legal da autuação.

Dessa forma, afasto as nulidades suscitadas, visto que no presente auto de infração foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo art. 39 do RPAF/99.

O defendente suscitou a decadência, argumentando que da leitura do Auto de Infração se faz dessumir que houve utilização supostamente indevida de crédito, em datas anteriores a 5.7.2012, isto é, anteriormente ao quinto ano retrospectivo à data da notificação do Auto de Infração. Destacou que conforme o Código Tributário Nacional, a decadência do direito do fisco para lançar tributos, ocorre em cinco anos contados da data do fato gerador (artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional).

Sobre a decadência, observo que por ser o ICMS um imposto de natureza homologatória, de apuração mensal, o prazo decadencial adotado deve ser o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Esse entendimento se tornou pacificado no CONSEF, seguindo a Douta Procuradoria Geral do Estado da Bahia, que em Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, entendeu pela aplicação do art. 150, § 4º do CTN, quando houver comprovação de pagamento do imposto em montante inferior ao devido, ou quando as operações alvo da autuação tenham sido declaradas pelo contribuinte.

Neste caso, como o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2017 e o contribuinte tomou ciência em 05.07.2017, em consonância com o entendimento da PGE, deve-se reconhecer a decadência, operada para os créditos fiscais utilizados indevidamente, referentes a fatos geradores ocorridos anteriormente a 05/07/2012, que foram abarcados pela decadência prevista no art. 150, § 4º, do CTN, o que implica extinção do crédito tributário, consoante determina o inciso V do art. 156 do CTN.

O defendente requereu que fosse determinada a realização de perícia, com verificação do seu processo produtivo, nos termos do artigo 145 do RPAF/99, para constatação da pertinência do enquadramento dos itens ora debatidos como materiais intermediários, reservando-se ao direito de indicar assistente técnico e quesitos à época da realização dos trabalhos.

Sobre a perícia solicitada, cabe de plano consignar, que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Observo que o próprio defendente, em sede de impugnação, esclareceu que a unidade autuada possui como uma de suas principais atividades a extração dos minérios e para melhor entendimento anexou relatório que explicita e detalha o seu processo produtivo. Portanto, entendo não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício, para o convencimento dos julgadores, e com fulcro no art.147, incisos I e II do RPAF/99, indefiro tal pedido.

No mérito, o autuado foi acusado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2012 a novembro de 2016.

O defendente alegou que possui como uma de suas principais atividades, a extração dos

minérios. Anexou relatório que explicita o seu processo produtivo, afirmando que se utiliza de diversos materiais (intermediários), imprescindíveis à realização das suas atividades e que o Auditor teria se equivocado, provavelmente por desconhecer seu processo produtivo, tratando os produtos intermediários utilizados, como bens de uso e consumo. Acrescentou que a maior parte dos materiais apontados já foi objeto de discussão nas Ações Anulatórias nº 0122742-05.2006.805.0001 e 0162769-30.2006.805.0001 (Autos de Infração 206910.0004/06-5 e 269140.0004/06-5, respectivamente), sendo a qualidade de material intermediário ratificada. Frisou que alguns itens que não foram objeto de debate nas referidas Ações Anulatórias citadas, também são materiais intermediários. Apresentou entendimento de que a não aceitação dos materiais arrolados pela Fiscalização como produtos intermediários, viola o princípio da não-cumulatividade, previsto no artigo 155, § 22, II da CF.

O Autuante, em sede de informação fiscal, explicou que o Relatório de Auditoria - fls. 10 a 33 deste PAF, se refere a itens da mina situada na cidade de Campo Formoso/BA, empresa autuada, considerando as notas fiscais e a EFD (Escrituração Fiscal Digital) do contribuinte, em cada exercício fiscalizado. Destacou que as fls. 11/ 33 constam, por exercício, os materiais caracterizados como de uso e consumo, visto que são peças de reposição dos referidos ativos permanentes ou materiais empregados diretamente nas atividades da mina, sobre os quais, quando de sua aquisição, o autuado se creditou dos valores destacados. Frisou que esses materiais não são produtos intermediários para a indústria de mineração. Conforme legislação tributária, são materiais de uso e consumo e não dão direito a crédito de ICMS.

Compulsando os autos, e analisando o teor das razões defensivas, juntamente com a contestação do autuante em sede de informação fiscal e com o levantamento fiscal às fls. 11/33, verifico que não assiste razão ao autuado.

Os créditos fiscais reputados como indevidos no Auto de Infração em comento, foram decorrentes de aquisições de bens classificados pelo autuante como peças de reposição dos equipamentos utilizados na linha de produção.

A admissibilidade ou não do crédito fiscal referente às aquisições de estabelecimentos industriais, tem sido matéria recorrente no âmbito deste CONSEF, em ambas as Instâncias de Julgamento, quando se trata de definir o que é material de uso/consumo ou insumo/produto intermediário utilizado no processo produtivo.

No caso de empresa mineradora – como é o caso do autuado –, a jurisprudência predominante neste CONSEF aponta no sentido de que, pela especificidade de sua atividade, a utilização de crédito fiscal dos materiais por ela empregados, deve preencher os seguintes requisitos: (i) afetação ou participação direta dos produtos no processo extrativo das substâncias minerais ou no corte das mesmas, na condição de elementos indispensáveis; (ii) contato direto com as matérias-primas; (iii) desgaste resultante daquela participação ou contato; (iv) as operações subseqüentes se sujeitarem à incidência do imposto.

Ocorre que, no presente caso, os materiais arrolados pelo Autuante no levantamento fiscal, são partes e peças, componentes de máquinas e equipamentos, descritos nas notas fiscais de aquisições e registradas em sua EFD, como: buchas de descarga, caixa do expelidor de metal, calha do queixo par britador, luva com stop central, parafuso cabeça sextavada, revestimento de borracha para bombas, porca lock king, elemento em borracha para válvula sigma, tela de borracha modular com furos, tubo guia para perfuração, revestimento em borracha natura, bucha de descarga inferior, broca íntegra, furadeira, martelo em alto cromo, peneira redonda em aço inox, correia transportadora, lonas bucha de descarga inferior, rolete de carga etc.

Desta forma, os materiais tidos pelo sujeito passivo como pertencentes ao ativo imobilizado, constituem, na verdade, partes e peças de reposição dos equipamentos principais, e os bens classificados pelo autuado como produtos intermediários, não entram em contato com os minerais. Os seus desgastes não decorrem da participação na extração, mas sim do funcionamento das máquinas que fazem parte, razão pela qual, não é permitida a apropriação de

créditos e sua utilização é indevida.

Cumpra observar, as Ações Anulatórias nº0122742-05.2006.805.0001 e 0162769-30.2006.805.0001 (Autos de Infração 206910.0004/06-5 e 269140.0004/06-5, respectivamente), citadas pelo autuado, não vinculam essa decisão. A discussão ali tratada, embora traga alguns materiais coincidentes com o aqui relacionados, se referem à extração e produção em outra unidade do estabelecimento ora Autuado.

A alegação defensiva de que a não aceitação dos materiais arrolados pela Fiscalização como produtos intermediários viola o princípio da não-cumulatividade, não pode prosperar. Registre-se, por oportuno, que a restrição à utilização dos créditos aqui considerados indevidos, não farão parte da base de cálculo em operações subsequentes, considerando que os citados materiais é para uso e consumo do estabelecimento e não serão destinados à revenda. Portanto, ao contrário do entendimento do autuado, o procedimento adotado pela fiscalização, não afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, mas sim, foi adotado para preservá-lo.

Constatado que a exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração, está lastreada na disposição do § 7º, do art. 309 do RICMS/2012 e na lei 7.014/96, encontrando-se em consonância com os princípios constitucionais, inclusive em relação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Diante das razões acima expendidas, concluo que a apropriação de créditos e sua utilização pelo autuado é indevida, e com o acolhimento da decadência suscitada e exclusão das parcelas lançadas anteriores a 05.07.2012 no montante de R\$33.299,12, o Auto de infração remanesce em R\$387.806,97.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279696.0007/17-2**, lavrado contra **CIA. DE FERRO LIGAS DA BAHIA FERBASA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$387.806,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR