

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.481/10/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000162651-39
Impugnação: 40.010125973-92
Impugnante: Mineração Corumbá Ltda
IE: 042684625.00-70
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Constatou-se, mediante conferência de livros e documentos fiscais, o aproveitamento indevido de créditos do imposto, relativos às aquisições de mercadorias e materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da mesma lei. Exclusão das exigências relativas às aquisições de barras de ferro, tarugos, chapas e tubos utilizados nos fornos, moinhos e peneiras, uma vez que se enquadram como produtos intermediários. Exigências parcialmente mantidas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTA FISCAL – MICROEMPRESA – EMPRESA DE PEQUENO PORTE – SIMPLES NACIONAL. Constatou-se, mediante conferência de livros e documentos fiscais, o aproveitamento indevido de créditos do imposto, relativos às aquisições de mercadorias acobertadas com documentos fiscais emitidos por contribuintes enquadrados como “Microempresa”, “Empresa de Pequeno Porte” ou “Simples Nacional. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da mesma lei.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL – MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Constatou-se, mediante conferência de livros e documentos fiscais, a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas do ICMS referente às aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo do estabelecimento. Legítimas, em parte, as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Exclusão das exigências relativas às aquisições de barras de ferro, tarugos, chapas e tubos utilizados nos fornos, moinhos e peneiras, uma vez que se enquadram como produtos intermediários, caso tais aquisições tenham se originado de outras Unidades da Federação.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre levantamento fiscal envolvendo o período de janeiro/04 a dezembro/08, com Verificação Fiscal Analítica e recomposição da conta

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

gráfica, onde apurou-se a falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS, em função das seguintes irregularidades:

1) aproveitamento indevido de créditos de ICMS (item 2.1 do Auto de Infração) provenientes de:

a) aquisição de óleo diesel diretamente de varejistas (postos de combustíveis), através de abastecimento de caminhões, sem a apresentação dos cupons fiscais citados nos documentos fiscais, conforme demonstrado no Anexo I;

b) aquisição de materiais para recauchutagem de pneus, conforme demonstrado no Anexo II;

c) aquisição de materiais para manutenção de máquinas e veículos (estopas, filtros, lubrificantes, graxas, etc.), conforme demonstrado no Anexo III;

d) aquisição de equipamentos de proteção individual (abafadores de ruídos, botins, capacetes, etc.), conforme demonstrado no Anexo IV;

e) aquisição de materiais diversos (abraçadeiras, anéis, arruelas, cantoneiras, chapas de aço, eletrodos, parafusos, etc.), conforme demonstrado no Anexo V;

f) aquisição de mercadorias acobertadas por documentos fiscais emitidos por contribuintes enquadrados como "Microempresa", "Empresa de Pequeno Porte" ou "Simples Nacional", com destaque indevido do imposto, conforme demonstrado no Anexo VI;

2) falta de recolhimento do ICMS (item 2.2 do Auto de Infração) referente à diferença de alíquotas devida nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, para fins de uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrado no Anexo VII.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada aplicada com amparo no art. 55, inciso XXVI da mencionada lei, em razão do aproveitamento indevido de créditos do imposto.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 1.900/1.923, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.940/1.953.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.958/1.971, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Registre-se que ao rebater as assertivas da Impugnante, trouxe o Fisco aos autos argumentos que refutam de forma convincente os pontos abordados na peça impugnatória, tomados como fundamentação do parecer da Assessoria deste Conselho e que compõem a presente decisão, salvo em relação à exclusão parcial das exigências relativas a material de uso/consumo.

Preliminarmente, pretende o Sujeito Passivo, de forma equivocada, que seja considerado decaído o direito de efetuar o lançamento referente às competências de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

janeiro/2004 a outubro/2004, tendo em conta preclusão do prazo previsto no art. 150 do CTN, que assim dispõe:

"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, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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".

Pressuposto básico para que se efetive a homologação explícita ou tácita é que tenha ocorrido pagamento antecipado do tributo pelo obrigado. Como isso não se deu, nos exatos termos da legislação tributária mineira, por consequência, não há o que homologar, logo, exsurge a possibilidade jurídica da efetivação do lançamento de ofício, para cujo direito prevalece a regra posta no art. 173, inciso I do mesmo Código:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"

Logo, considerando o período fiscalizado de 01.01.04 a 31.12.08, tem-se o prazo de até 31.12.09 para a constituição do crédito tributário relativo ao exercício de 2004.

O Auto de Infração foi lavrado em 29.09.09 (fls. 02/04), tendo o Sujeito Passivo sido intimado em 09.10.09 (fls. 04) através do procurador legalmente constituído (fls. 10), incorrendo, portanto, a pretensa decadência.

Sobre essa matéria já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 182.241-SP, assim ementado:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA.

NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA SER REALIZADO. **REsp 182.241-SP, REL. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, JULGADO EM 3/2/2005.**

Sobre o tema “decadência”, em situações assemelhadas à que ora se examina, vale citar, a título de exemplo, decisões favoráveis ao Fisco proferidas no âmbito dessa Casa: Acórdãos números 19.144/09/1ª, 19.153/09/1ª, 19.218/09/1ª, 19.222/09/1ª, 18.257/09/2ª, 18.318/09/2ª, 18.540/09/2ª, 19.074/09/3ª, 19.117/09/3ª, 19.160/09/3ª, 19.167/09/3ª, 19.275/09/3ª, 19.306/09/3ª e 3.432/09/CE.

Quanto ao mérito propriamente dito, conforme descrito no relatório acima, trata o feito da anulação de créditos de ICMS, indevidamente apropriados pela Autuada em decorrência de diversas irregularidades (aquisição de óleo diesel diretamente de varejistas - postos de combustíveis - através de abastecimento de caminhões, sem a apresentação dos cupons fiscais citados nos documentos fiscais; aquisição de materiais para recauchutagem de pneus; aquisição de materiais para manutenção de máquinas e veículos - estopas, filtros, lubrificantes, graxas, etc. -; aquisição de equipamentos de proteção individual - abafadores de ruídos, botinas, capacetes, etc.; aquisição de materiais diversos - abraçadeiras, anéis, arruelas, cantoneiras, chapas de aço, eletrodos, parafusos, etc. -; aquisição de mercadorias acobertadas por documentos fiscais emitidos por contribuintes enquadrados como “Microempresa”, “Empresa de Pequeno Porte” ou “Simples Nacional”, com destaque indevido do imposto), bem como da falta de recolhimento do imposto referente à diferença de alíquotas devida nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, para fins de uso e consumo do estabelecimento.

A detecção e apuração das infrações apontadas, ocorridas no período de janeiro/04 a dezembro/08, fizeram-se mediante conferência de documentos e livros fiscais, arquivos eletrônicos, além das respostas apresentadas pela Autuada nas intimações de fls. 37 e 41, a ela encaminhadas.

O Auto de Infração encontra-se devidamente instruído com as planilhas elaboradas pelo Fisco e demais documentos que embasam a autuação, conforme demonstrado pela Assessoria em seu parecer, em especial às fls. 1.962/1.963.

Os créditos indevidamente apropriados encontram-se indicados nas planilhas que compõem os Anexos I (fls. 174/184), II (fls. 185/201), III (fls. 202/210), IV (fls. 211/215), V (fls. 216/240) e VI (fls. 241), sendo consolidados no Demonstrativo de fls. 163/165 e de lá transpostos para a Recomposição da Conta Gráfica de fls. 169/173. As parcelas das diferenças de alíquotas acham-se apuradas nas planilhas que compõem o Anexo VII (fls. 245/251) de onde foram transpostos também para o Demonstrativo de fls. 163/165.

Já as planilhas de fls. 252/409 (identificadas também como “Anexo VIII”) contêm a listagem dos documentos fiscais, a razão social dos fornecedores, bem como a descrição completa dos produtos/materiais que foram objeto de estorno de crédito por se tratarem de aquisições para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrado nos Anexos I, II, III, IV e V.

Passa-se a seguir, a analisar cada uma das acusações fiscais a saber:

Item 2.1) Falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do imposto, apurado por meio de recomposição da conta gráfica, face ao aproveitamento indevido de créditos do ICMS referentes às aquisições de mercadorias (produtos/materiais) pela Autuada:

a - Aquisição de óleo diesel diretamente de varejistas (postos de combustíveis), mediante abastecimento de caminhões, sem a apresentação dos cupons fiscais citados nos documentos fiscais.

O crédito a estornar tratado neste subitem encontra-se indicado nas planilhas que compõem o Anexo I (fls. 174/184), onde estão registrados os seguintes dados: número e data das notas fiscais, CNPJ., Inscrição Estadual e Razão Social dos emitentes (postos de gasolina), CFOP, valor total, base de cálculo constante do documento fiscal e a parcela estornada de ICMS estornada. Cópias das correspondentes notas fiscais acham-se acostadas às fls. 1.424/1.556 dos autos a título de amostragem.

Expõe o Fisco que de acordo com o item 3 do Termo de Intimação nº 02, de 28/08/09, recebido por via postal em 03/09/09 (41/58), intimou-se a Contribuinte a informar em quais veículos, máquinas ou equipamentos foi consumido o óleo diesel e o biodiesel referentes aos documentos fiscais relacionados no Anexo I, bem como apresentar as vias dos cupons fiscais mencionados nos referidos documentos fiscais.

O prazo para esclarecimentos e apresentação dos cupons fiscais, que se encerraria em 14/09/09 foi prorrogado para 18/09/09 a pedido da Contribuinte, conforme documentado às fls. 59/60. Em resposta, a Autuada limitou-se a relacionar os veículos e máquinas empregados nas atividades da empresa (fls. 64), sem apresentar os cupons fiscais mencionados nos documentos fiscais.

Conforme se depreende do Quadro de fls. 174/184, o estorno do crédito relativo às aquisições de óleo diesel se deu em face do descumprimento total das obrigações acessórias pertinentes a tais aquisições, além de ter sido consumido fora da área de produção industrial do estabelecimento, impedindo o regular creditamento do imposto.

Com efeito, a legislação que rege a matéria é clara ao prever:

RICMS/02 - ANEXO V

“Art. 12 - A nota fiscal será emitida:

(...)

§ 3º - Tratando-se de estabelecimento varejista de combustíveis derivados ou não de petróleo, a nota fiscal poderá ser emitida de forma periódica, englobando os abastecimentos ocorridos no mês, desde que observado o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - seja emitido, no momento do abastecimento, Cupom Fiscal ou Nota Fiscal Modelo 2, nestes consignando os números da placa e do hodômetro do veículo abastecido, os quais passarão a fazer parte integrante da nota fiscal global;

II - seja indicado, no campo "Informações Complementares", o número do documento fiscal que acobertou a saída da mercadoria."

Observa-se que a emissão de nota fiscal global de fornecimento de combustível pelo estabelecimento varejista não é impositiva, podendo o contribuinte agir de duas maneiras: emitir nota fiscal Modelo 1 para toda operação que realizar ou, optando pela emissão de nota fiscal global, emitir também cupons fiscais ou nota fiscal Modelo 2, consignando o número da placa e do hodômetro do veículo abastecido.

Já para o adquirente existe a obrigação de arquivar e manter pelo prazo de 05 (cinco) anos os cupons fiscais emitidos na forma acima, para apresentação ao Fisco, juntamente com a nota fiscal global.

Na sua peça impugnatória (fls. 1.914), a Contribuinte declara que o óleo diesel foi utilizado no transporte dos produtos finais e dos insumos adquiridos pela empresa. Aliás, outro não poderia ser o entendimento, pois os estabelecimentos varejistas fornecedores (postos de combustíveis) encontram-se localizados em municípios diversos da sede da Autuada (Bom Despacho, Cláudio e Divinópolis).

Por conseguinte, sendo o óleo diesel consumido em equipamentos que apenas realizam o transporte de matéria-prima e produtos, não pode ser considerado como insumo intermediário utilizado no processo de industrialização, por não atuar diretamente nas fases de modificação e aperfeiçoamento do produto final.

Ademais, conforme bem esclarece o Fisco, o óleo diesel efetivamente consumido no processo industrial do estabelecimento, e utilizado nas máquinas e caminhões empregados diretamente no processo de extração e industrialização, é adquirido exclusivamente das empresas distribuidoras e retalhistas de combustível, sendo recebido diretamente no parque industrial da Autuada.

Correto, portanto, o estorno procedido pelo Fisco, vez que o óleo diesel em questão não se inclui na condição de produto intermediário, sendo enquadrado como material de uso/consumo, cujo creditamento é vedado por força da legislação aplicável, que será adiante devidamente explicitada.

b – Aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento - materiais para recauchutagem de pneus.

Trata-se de produtos/materiais utilizados exclusivamente no processo de recauchutagem de pneus, fornecidos pela empresa "Borrachas Vipal S.A.", através de suas filiais de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, conforme notas fiscais juntadas por cópias às fls. 486/892, por exemplo.

A Contribuinte autuada não possui em seu parque industrial máquinas e equipamentos destinados à recauchutagem de pneus, mas ainda que os possuísse, a

atividade seria enquadrada como linha independente do processo produtivo do estabelecimento.

Corretas as exigências fiscais, nos termos da legislação tributária transcrita mais à frente deste *decisum*.

c – Aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento - materiais para manutenção de máquinas e veículos.

Foi imputado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, uma vez que provenientes de notas fiscais relativas às aquisições de produtos/materiais utilizados ou consumidos na manutenção de máquinas e veículos (estopa, filtro lubrificante, graxa, etc.), conforme planilhas de fls. 202/210 – Anexo III, constando dos autos cópias das correspondentes notas fiscais por amostragem, às fls. 1.291/1.293 e 1.708/1.728.

Não obstante a necessidade de manutenção periódica dos equipamentos, tais produtos não se enquadram na conceituação de produtos intermediários, mas sim de material de uso/consumo, sendo vedado o lançamento de créditos a eles relativos, nos termos do inciso III do art. 70 do RICMS/02.

d – Aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento (equipamentos de proteção individual).

Referida irregularidade abrange os materiais discriminados nas notas fiscais relacionadas nas planilhas que compõem o Anexo IV (fls. 211/215), tais como: abafador de ruídos, botina, capacete, cinto, luva, máscara, óculos, protetor auricular, vestuário, etc. Cópias dos correspondentes documentos fiscais acham-se anexados, por exemplo, às fls. 1.313/1.332.

De igual modo, caracterizam-se como materiais de uso/consumo, independentemente da obrigatoriedade de fornecimento de tais equipamentos, por força da legislação trabalhista. Neste caso, as legislações não se comunicam, não sendo possível lançar tais valores como crédito do imposto estadual.

e – Aquisição de mercadorias e materiais diversos para uso e consumo do estabelecimento.

A Impugnante apropriou crédito fiscal indevidamente, uma vez que relativos às aquisições de materiais diversos, como abraçadeiras, anéis, arruelas, barras de aço/ferro, cantoneiras, chapas de aço, eletrodos, parafusos, perfis de aço, rolamentos, roletes, tarugos de aço, telhas galvanizadas, tubos e vigas, cujas notas fiscais encontram-se relacionadas nas planilhas do Anexo V (fls. 216/240) e anexadas às fls. 966/980, 982/986 e 1.037/1.091.

Trata-se, em sua maioria, de materiais utilizados como partes e peças de máquinas, aparelhos ou equipamentos, não se constituindo em produto individualizado, com identidade própria, mas apenas componentes de uma estrutura estável e duradoura, cuja manutenção naturalmente pode importar na substituição das mesmas.

Neste ponto, faz-se apropriado salientar que os critérios adotados pelo Fisco para definição dos materiais/mercadorias em relação aos quais os créditos do imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

foram estornados, assentou-se na descrição dos mesmos e na sua real aplicação, como informado pela própria Autuada nas planilhas anexadas às fls. 69/148 do PTA.

No que toca especificamente aos créditos oriundos de aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento, os quais foram glosados, não há respaldo legal para que sejam apropriados como pretende a Demandante.

Na situação presente, trata-se de matéria regida pela Constituição Federal, que ao traçar as linhas do regime da não cumulatividade, determinou que "... será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal" (art. 155, § 2.º, inciso I).

A Carta Magna remeteu para a legislação complementar a competência para determinar aquelas situações passíveis de aproveitamento dos créditos na entrada, ainda que a saída estivesse beneficiada com a isenção ou não-incidência.

Nesse sentido, veio a Lei Complementar n.º 87/96 disciplinar a matéria, nos seguintes termos:

"Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, **inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente**, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação". (Grifo não consta do original).

Induidoso que o aproveitamento de créditos de ICMS relativos à entrada de material para uso e consumo foi permitido quando da publicação da citada Lei Complementar n.º 87/96. Entretanto, ressaltou-se o direito ao crédito relativo aos mesmos, a partir de 1º de janeiro de 2000, nos termos do art. 33 daquela norma:

"Art. 33 - Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2000;".

Ocorre que tal dispositivo vem sendo alterado ao longo dos últimos anos, postergando-se o creditamento referido para 1.º de janeiro de 2011, esta última alteração com redação dada pelo art. 1.º e vigência estabelecida pelo art. 2.º, ambos da Lei Complementar n.º 122/06, modificando o já citado art. 33.

Essa diretiva foi trazida para a legislação tributária estadual, sendo incluída na Lei n.º 6.763/75 e regulamentada pelo RICMS/MG, da seguinte forma:

Lei n.º 6.763/75:

"Art. 29 - O valor devido a título de imposto resultará da diferença a maior entre o imposto referente à mercadoria saída e ao serviço de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

transporte ou de comunicação prestado e o imposto cobrado relativamente à entrada, real ou simbólica, de mercadoria, inclusive energia elétrica, ou bem para uso, consumo ou ativo permanente, e o recebimento de serviço de transporte ou de comunicação, no respectivo estabelecimento.”

RICMS/MG:

“**Art. 65** - O valor devido a título de imposto resultará da diferença a maior entre o somatório do imposto referente às mercadorias saídas ou aos serviços de transporte ou de comunicação prestados e o somatório do imposto cobrado relativamente à entrada, real ou simbólica, de mercadoria, inclusive energia elétrica, ou bem destinado a uso, consumo ou ativo permanente, ou ao recebimento de serviço de transporte ou de comunicação, no respectivo estabelecimento, observadas as hipóteses de que trata o artigo seguinte. (Destacou-se).

Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

(...)

X - à entrada de bem destinado a uso ou consumo do estabelecimento, ocorrida a partir de 1º de janeiro de 2011.

Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

III - se tratar de entrada, até 31 de dezembro de 2010, de bens destinados a uso ou a consumo do estabelecimento;”. (Destacou-se).

Vale ainda acrescentar que os produtos, em sua maioria, não podem ser classificados como intermediários, como quer a Impugnante, por não se enquadrarem na definição contida na Instrução Normativa SLT nº 01/86, segundo a qual, para que um produto possa ser classificado como intermediário, é necessário que ele seja consumido imediatamente e integralmente (exaurimento total), que seja essencial à obtenção de novo produto e no caso de parte ou peça de máquina, aparelho ou equipamento, aquele que cumulativamente, seja empregado em contato físico com o produto que se industrializa, perca suas dimensões ou características originais e que exija substituição periódica em razão de sua inutilização ou exaurimento.

Na mesma linha, a referida instrução normativa estabelece que não são produtos intermediários as partes e peças de máquinas, aparelhos ou equipamentos, pelo fato de não se constituírem em produto individualizado, com identidade própria, mas apenas componentes de uma estrutura estável e duradoura, cuja manutenção naturalmente pode importar na substituição das mesmas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, a Instrução Normativa SLT nº 01/01, que trata do conceito de produto intermediário para efeito de direito ao crédito do ICMS pelas empresas mineradoras, define que o produto intermediário é aquele que, empregado diretamente no processo de extração e industrialização de minérios, integra-se ao novo produto.

Por extensão, considera-se que produto intermediário é também o que, embora não se integrando ao novo produto, é consumido, imediata e integralmente, no processo da extração ou industrialização.

A referida Instrução Normativa nº 01/01, esclarece que o processo de extração pode ser entendido como aquele compreendido entre a fase de desmonte (arriamento do minério ou do estéril de sua posição rochosa inicial, de maneira a se obter um amontoado de minério ou de estéril totalmente desagregado de suas rochas naturais) e termina com a fase de estocagem.

Sendo assim, a Instrução Normativa SLT nº 01/01 prevê em seu art. 2º:

"Art. 2º Para efeitos de crédito no imposto, considera-se produto intermediário, observado o disposto na Instrução Normativa SLT nº. 01, de 20 de fevereiro de 1986, todo o material consumido nas fases do processo desenvolvido pelas empresas mineradoras, tais como: broca, haste, manto (correia transportadora), chapa de desgaste, óleo diesel, tela de peneira, filtro, bola de moinho, amido, amina/soda cáustica, dentre outros, consumidos na lavra, na movimentação do material e no beneficiamento."

Assim, os materiais/mercadorias em comento, objeto do estorno de crédito do imposto, caracterizam-se, em sua quase totalidade, como materiais de uso e consumo, sendo certo que somente darão direito ao crédito a partir de 1.º de janeiro de 2011.

Excetuam-se desse contexto as barras de ferro, tarugos, chapas e tubos utilizados nos fornos, moinhos e peneiras que se enquadram como produtos intermediários, nos termos do art. 2º da IN nº 01/01, bem como se amolda ao disposto no item "V" da Instrução Normativa nº 01/86, a saber:

V - Excepcionam-se da conceituação do inciso anterior as partes e peças que, mais que meros componentes de máquina, aparelho ou equipamento, desenvolvem atuação particularizada, essencial e específica, dentro da linha de produção, em contacto físico com o produto que se industrializa, o qual importa na perda de suas dimensões ou características originais, exigindo, por conseguinte, a sua substituição periódica em razão de sua inutilização ou exaurimento, embora preservada a estrutura que as implementa ou as contém.

Com efeito, a planilha de fls. 69/148 indica a existência de tais produtos com utilização vinculada ao processo produtivo. Como exemplos, a chapa inox utilizada na "bica de alimentação do forno"; a chapa de aço utilizada na peneira vibratória; o tubo utilizado na moagem – despoeiramento; e o tarugo utilizado no moinho.

De modo diverso, quando tais produtos forem utilizados em outras áreas ou aplicados em carregadeiras, por exemplo, voltam a se classificar como material de uso/consumo.

f – Aquisição de mercadorias acobertadas por documentos fiscais emitidos por contribuintes enquadrados como ‘Microempresa’, ‘Empresa de Pequeno Porte’ ou ‘Simples Nacional’, com destaque indevido do imposto.

Trata-se das notas fiscais listadas na planilha que compõe o Anexo VI (fls. 241), emitidos pelas seguintes empresas:

- Comercial Pérsia Ltda., Inscrição Estadual nº 100.119895.00-02, estabelecida em Caeté – MG, enquadrada como “Microempresa” até 31.12.04 (fls. 242), cujo documento fiscal apesar de constar o destaque do imposto, possui em seu campo “dados adicionais”, a expressão “*não gera direito a crédito*” (fls. 1.151);

- Telabrás Indústria e Comércio Ltda., Inscrição Estadual nº 062.120765.00-80, estabelecida em Belo Horizonte – MG, enquadrada como “Empresa de Pequeno Porte” até 31.12.04 (fls. 243), além de não constar destaque de ICMS (fls. 1.847);

- Vanilce Pereira da Silva – ME, Inscrição Estadual nº 303.312492.00-68, estabelecida em Iguatama – MG, optante pelo “Simples Nacional” a partir de 01.07.07 (Consulta ao site do Simples Nacional - fls. 244), cujo documento fiscal, apesar de constar o destaque do imposto, também possui em seu campo “dados adicionais”, a expressão “*não gera direito a crédito fiscal de ICMS Simples Nacional*” (fls. 1.897).

Para as empresas enquadradas como “Microempresa” e “Empresa de Pequeno Porte”, há vedação de destaque do ICMS, conforme art. 15, inciso IV da Lei nº 13.437/99, redação dada pela Lei nº 15.219/04, vigente no período de 01.04.00 a 31.12.04.

Para a empresa optante pelo “Simples Nacional”, a vedação de transferência de crédito de impostos está prevista no art. 23 da Lei Complementar nº 123, de 14.12.06, abaixo transcrito:

“Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional **não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos** ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional. (Destacou-se).”

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.” (Incluído pela Lei Complementar nº. 128, de 2008), com vigência a partir de 22.12.2008).

Assim, afigura-se correto o estorno procedido pela Fiscalização.

Item 2.2) Falta de recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas devida nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, para fins de uso e consumo do estabelecimento.

O levantamento referente à irregularidade em tela encontra-se registrado nas planilhas de fls. 245/251, de onde foram transportados para o Quadro consolidado de fls. 163/165.

No tocante à exigência de diferença de alíquota, nas aquisições de material de uso e consumo em operações interestaduais, o procedimento do Fisco está respaldado em preceitos contidos na legislação tributária mineira – art. 5º, § 1º, item 6, c/c art. 6º, inciso II e art. 12, todos da Lei nº 6.763/75, a seguir transcritos:

“Art. 5º -

§ 1º - o imposto incide sobre:

(...)

6) a entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra Unidade da Federação, destinada ao uso, consumo ou ativo permanente;”.

Art. 6º - ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra Unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo permanente;”.

“Art. 12 -

(...)

§ 2º - na hipótese de operação ou prestação interestadual que tenha destinado mercadoria ou serviço a contribuinte domiciliado neste Estado, na condição de consumidor ou usuário final, fica este obrigado a recolher o imposto resultante da aplicação da diferença entre a alíquota interna e a interestadual que houve incidido sobre aquela operação ou prestação.”.

O contribuinte considerou os materiais relacionados nos documentos fiscais como “insumos” (produtos intermediários), passíveis de aproveitamento de crédito do imposto, razão pela qual, não providenciou a escrituração e nem recolheu o correspondente diferencial de alíquotas.

Assim, restando caracterizados os produtos como materiais de uso e consumo, corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação, capitulada no inciso II, do art. 56 da Lei nº 6763/75.

Noutro giro, na hipótese de aquisições de barras de ferro, chapas, tarugos e tubos utilizados nos fornos, moinhos e peneiras, que se enquadram como produtos intermediários, nos termos do art. 2º da IN nº 01/01, bem como se amolda ao disposto no item “V” da Instrução Normativa nº 01/86, caso na mencionada planilha contenham

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tais aquisições, aplica-se a mesma regra anteriormente analisada, cabendo excluir eventuais exigências decorrentes de possíveis aquisições interestaduais de tais produtos.

Por outro lado, a Impugnante discorda do valor das multas aplicadas, imputando-as confiscatórias e, portanto, contrárias aos princípios constitucionais.

De igual modo, ataca o emprego da taxa SELIC, a título de juros moratórios, sob crítica de que os mesmos não se aplicariam aos créditos tributários.

Todavia, mesmo levando-se em conta o considerável valor da multa isolada e de revalidação impostas, o Fisco as aplicou alicerçado na lei vigente. No mesmo diapasão, a incidência dos juros moratórios com emprego dos índices da SELIC resulta de disposição legal prevista no art. 226 da Lei nº 6.763/75 c/c a Resolução nº 2880/97.

Quanto às assertivas de “ilegalidade” e “inconstitucionalidade” trazidas pela defesa, inclusive quanto à vedação ao creditamento do ICMS referente aos bens de uso e consumo, não compete ao Órgão julgador administrativo apreciá-las, dado o impedimento previsto no art. 110, inciso I, do RPTA/MG, que assim dispõe:

“Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;”.

Quanto às demais alegações trazidas na contestação pela Impugnante, não são as mesmas suficientes para descaracterizar por completo as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas às aquisições de barras de ferro, tarugos, chapas e tubos utilizados nos fornos, moinhos e peneiras. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que excluía, ainda, as exigências anteriores a 09/10/04. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Maria Teresa Lima Lana. Participaram do julgamento, além do signatário e do conselheiro vencido, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 06 de abril de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente / Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.481/10/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000162651-39
Impugnação: 40.010125973-92
Impugnante: Mineração Corumbá Ltda
IE: 042684625.00-70
Origem: DF/Divinópolis

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro/04 a dezembro/08, apurado mediante recomposição de conta gráfica, em decorrência do aproveitamento indevido de créditos do imposto provenientes de lançamentos efetuados na Declaração de Apuração do ICMS – DAPI e no livro Registro de Apuração do ICMS – “Outros Créditos”, a título de ressarcimento de ICMS/ST sem emissão de nota fiscal e autorização da repartição fazendária para o creditamento e de aquisição de ativo imobilizado divergente do valor registrado no livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Conforme relatado pelo Fisco e exposto acima encontra-se plenamente caracterizada a infração, mas tem-se que o Auto de Infração foi emitido em 29/09/09, e o Sujeito Passivo intimado em 09/10/09, ou seja, após o prazo previsto para o lançamento do crédito tributário referente ao período anterior a 09/10/04, conforme previsto no art. 150, § 4º da Lei 5.172/66, *in verbis*:

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, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o crédito tributário referente ao período anterior a 09/10/04, estaria prescrito pela homologação do lançamento ter ocorrido com a emissão do Auto de Infração em 29/10/09 e a intimação em 09/10/09.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas ao período de 09/10/04, de acordo com o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões, 06 de abril de 2010.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**

CC/MG