

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.966/10/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000159423-23
Impugnação: 40.010124127-32
Impugnante: Vale S.A.
IE: 090024161.53-25
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-3

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES. Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS em virtude de: 1) aquisição de materiais destinados a uso ou consumo e de bens do ativo imobilizado alheios à atividade da Contribuinte; 2) aquisição de materiais de uso ou consumo e de óleo diesel, utilizados fora do processo de industrialização; 3) aquisição de energia elétrica utilizada fora do processo de industrialização e 4) utilização de créditos em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II e, a partir de novembro/2003, Multa Isolada prevista no art. 55, inc. XXVI, ambas da Lei n.º 6763/75. Entretanto, exclui-se as exigências relativas aos produtos classificados pelo Perito como produtos intermediários; exclui-se, também, as exigências relativas à energia elétrica consumida no processo de industrialização, confirmado pelo Perito, sendo 17,4% (dezessete por cento e quatro décimos) do consumido na área "Bombeamento e Decantação de Lama" e a totalidade do consumido nas áreas "PSM" e "ITMS JGD"; adequadas as exigências relativas à utilização de créditos em valores superiores aos destacados nos documentos aos valores propostos pela Assessoria do CC/MG.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL – MATERIAIS DE USO E CONSUMO – BENS DO ATIVO IMOBILIZADO ALHEIOS À ATIVIDADE DA EMPRESA. Constatada a falta de recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS referente às aquisições interestaduais de materiais de uso ou consumo e bens do ativo imobilizado alheios à atividade da empresa. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei n.º 6763/75. Entretanto, exclui-se as exigências relativas aos produtos que se encontram entre os produtos classificados pelo Perito como produtos intermediários.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS, durante o período compreendido entre setembro de 2003 a julho de 2005, apurado mediante conferência de arquivos eletrônicos, livros fiscais, notas fiscais de entradas, memórias de cálculo fornecidas pelo Autuado e por meio de recomposição de conta gráfica, tendo em vista a prática das seguintes irregularidades:

1 (item 1.1 do Auto de Infração – AI) – apropriação indevida, a título de crédito, do imposto destacado nas notas fiscais relacionadas no Anexo 3, visto que referentes à aquisição de materiais de uso e consumo e de bens do ativo permanente, alheios à atividade do estabelecimento;

2 (item 1.2 do AI) – apropriação indevida, a título de crédito, do imposto informado nas notas fiscais relacionadas no Anexo 4, visto que referentes a aquisição de matérias de uso e consumo e de óleo diesel utilizado fora do processo de industrialização, lançados sinteticamente no livro Registro de Apuração do ICMS sob o título “outros créditos”, subtítulo “substituição tributária”, conforme detalhamento fornecido pelo contribuinte, em atendimento do Termo de Intimação JP – nº 013/08, de 18/11/08;

3 (item 1.3 do AI) – apropriação de créditos do imposto em valores superiores aos destacados nas notas fiscais discriminadas no Anexo 5;

4 (item 1.4 do AI) - apropriação indevida de créditos do imposto sobre aquisição de energia elétrica consumida fora do processo de industrialização, conforme discriminado no Anexo 6.

5 (item 2 do A.I.) - falta de recolhimento do ICMS, no período de setembro de 2003 a dezembro de 2004, referente à diferença de alíquotas devida nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, para fins de uso e consumo e de bens para o ativo permanente alheios à atividade do estabelecimento, conforme notas fiscais relacionadas no Anexo 3.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. XXVI, esta a partir de novembro de 2003, ambas da Lei nº 6.763/75.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 02); Termo de Intimação JP nº 013/08 (fls. 03); Auto Infração – AI (fls. 04/07); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 08/09); Relatório Fiscal (fls. 11/13); Anexo 1 – Recomposição de Conta Gráfica referente aos exercícios de 2003, 2004 e 2005 (fls. 26/28); Anexo 2 – Resumo dos Valores Apurados – aproveitamento indevido de créditos do ICMS e diferencial de alíquota (fls. 30); Anexo 3 – Relação de notas fiscais com aproveitamento indevido de créditos e sem o recolhimento do diferencial de alíquotas - material de uso e consumo/imobilizado alheio (fls. 32/39); Anexo 4 – Relação de notas fiscais com aproveitamento indevido de créditos de ICMS (material de uso e consumo/óleo diesel) lançados diretamente do livro Registro de Apuração do ICMS sob o título “outros créditos”, subtítulo “substituição tributária” (fls. 41/51); Anexo 4A - Planilha de cálculo do percentual para estorno do crédito referente ao óleo diesel (fls. 52/65); Anexo 5 – Relação de notas fiscais com aproveitamento de créditos superiores aos valores informados/destacados

(fls. 67); Anexo 6 – Aproveitamento indevido de créditos de ICMS – aquisição de energia elétrica utilizada fora do processo produtivo – cálculo dos valores estornados (fls. 69/76); Anexo 7 – Cópia de notas fiscais (amostragem), materiais de uso/consumo (fls. 78/140); Anexo 8 – Cópia de documentos apresentados pelo Contribuinte individualizando o consumo de óleo diesel por equipamento/setor/local do estabelecimento, planilha apresentada pelo Contribuinte com detalhamento, por nota fiscal, dos valores lançados em “outros créditos – substituição tributária”, Cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS, campo 006 – outros créditos, de 2003 e 2004, e cópia de notas fiscais, por amostragem, referentes aquisição de óleo diesel (fls. 142/198); Anexo 9 – cópia das notas fiscais com aproveitamento de créditos superiores aos valores de ICMS informados/destacados e cópia de folhas do Livro Registro de Entradas referente a setembro de 2003 (fls. 200/212); Anexo 10 – Cópia de documentos apresentados pelo Contribuinte, individualizando o consumo de energia elétrica por equipamento/setor/local do estabelecimento e cópias de notas fiscais, por amostragem, de energia elétrica (fls. 214/232); Anexo 11 – Cópia do livro Registro de Apuração do ICMS setembro de 2003 a dezembro de 2004 e cópia das DAPI – janeiro a julho de 2005 (fls. 234/260) e Anexo 12 – um CD-R, nomeado AI 01,000159423.23, contendo os arquivos “pesquisa equipamentos” e “pesquisa peças” (fls. 262).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 265/280, com documentos anexados às fls. 281/324, alegando resumidamente o que se segue.

Inicialmente, apresenta a exposição dos fatos que envolveram a autuação e diz que em relação à irregularidade de nº 1.3 (apropriação de créditos do imposto em valores superiores aos destacados nas notas fiscais de aquisição) e parte daquela indicada no item 1.4 (aproveitamento de energia elétrica utilizada na área de almoxarifado, vilas, restaurante e escritórios), reconhece a procedência das alegações e promoverá o pagamento do crédito tributário. Em relação ao restante da autuação, entende que as exigências fiscais não merecem prosperar.

Sustenta que parte dos débitos referentes aos períodos de apuração compreendidos entre setembro a novembro de 2003 estariam alcançados e atingidos pela decadência, sendo patente a ilegalidade das exigências fiscais contidas no AI combatido relativamente a tais meses, sob pena de violação ao art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN.

Salienta que parte dos materiais considerados pelo Fisco como uso e consumo ou ativo permanente alheio às atividades do estabelecimento são, na verdade, produtos intermediários intimamente ligados com a atividade fim da empresa, desgastando-se ou tornando-se imprestáveis às finalidades próprias em função de sua aplicação no processo produtivo. Acresce que sendo os produtos aplicados diretamente na linha de produção e consumidos em razão de sua interação com o processo industrial, ainda que de forma gradativa, lícito é concluir que se está diante de verdadeiros produtos intermediários, que conferem créditos respectivos ao ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Argumenta que alguns materiais listados no presente AI teriam seus créditos autorizados pela Instrução Normativa SLT nº 01/01, que trata do conceito de produto intermediário, para efeito de direito ao crédito do ICMS pelas empresas mineradoras, observado o disposto na Instrução Normativa SLT nº 01/86.

Afirma que os procedimentos de apropriação de créditos são lastreados em Acordo firmado entre si e o Estado de Minas Gerais, em 20/12/00 e Termo de Ocorrência a ele vinculado. Cita, em especial, produtos expressamente arrolados no referido Acordo, dentre os quais óleo diesel e lubrificantes, que foram objeto de glosa.

Anota que no caso do óleo diesel e lubrificantes, bem como dos demais itens glosados, seu emprego ocorreu sempre em veículos, máquinas e equipamentos que se relacionam diretamente seja com a lavra, movimentação (incluída aquela realizada para fins de estocagem) e beneficiamento, não sendo lícito ao aplicador da norma restringir o direito ao crédito com base em uma apreciação subjetiva quanto à inclusão de tais insumos nas referidas etapas.

Alega que em relação à energia elétrica, com exceção daquela destinada ao setor habitacional já objeto de reconhecimento e pagamento, encontra-se tal insumo explícito no termo de transação firmado com o Estado como ensejador de crédito de ICMS na sua escrita fiscal, em qualquer das fases produtivas em que seja utilizada.

Acrescenta, ainda, que o mencionado Acordo *“autorizou a compensação de créditos decorrentes de produtos análogos àqueles relacionados pelo Fisco na autuação objurgada, inclusive de forma retroativa”*.

Pondera que, mesmo considerando inaplicáveis os termos do Acordo, força é convir que a sua celebração configura prática até então reiteradamente adotada pelas autoridades administrativas, incidindo a regra do art. 100, inc. III e parágrafo único do CTN.

Solicita a realização de perícia para verificação da utilização de produtos que tiveram seu crédito glosado, por entender que foram utilizados no processo produtivo da empresa, e por considerar que o assunto é eminentemente técnico. Apresenta quesitos e indica Assistente Técnico.

Assevera que os materiais que tiveram seus créditos estornados foram utilizados em produtos destinados, em grande parcela, à exportação, e nessa parte, desonerados de ICMS. Portanto, o crédito de materiais de uso e consumo teria que ser proporcional ao valor das exportações em relação às operações totais no período considerado.

Ao final, requer, sucessivamente: a procedência da Impugnação e o cancelamento do AI; a exclusão da autuação dos valores referentes à glosa dos créditos de materiais de uso e consumo proporcionalmente ao valor das exportações; a exclusão dos juros e multa sobre os demais créditos estornados; realização da prova pericial.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 330/356, que foi utilizada, em parte, para a decisão, refuta os argumentos da defesa pedindo que o lançamento seja julgado procedente.

Dos novos esclarecimentos da Autuada

A Autuada retorna aos autos (fls. 358) trazendo planilha demonstrativa dos valores e percentuais das receitas auferidas no exercício de 2003 decorrentes das vendas de produtos para o mercado externo (fls. 359), que revelaria a impropriedade da autuação no tocante à desconsideração da totalidade dos créditos apropriados. Na oportunidade, reitera todos os termos da impugnação apresentada anteriormente.

Das Contra-Razões do Fisco

O Fisco, às fls. 360/361, manifesta-se a respeito das novas alegações da Autuada, destacando que a Impugnante anexou planilha de dados referentes apenas ao exercício de 2003, deixando de apresentá-los em relação ao restante do período autuado, ou seja, de janeiro/04 a dezembro/04. Comenta que são irrelevantes as informações referentes aos meses de janeiro/03 a agosto/03, haja vista que naquele período não houve qualquer estorno de créditos do imposto decorrentes de materiais de uso e consumo.

Observa que a declaração da Autuada apenas corrobora a autuação fiscal, tendo em vista que no período de setembro/03 a dezembro/03, ela própria declara que a totalidade de suas operações de vendas se destinou ao mercado interno, deixando evidente que não haveria qualquer possibilidade de creditamento, visto que não houve mercadoria exportada naquele período. Logo, não há de se falar em manutenção de créditos proporcionais às exportações.

Informa ter esclarecido na manifestação fiscal anterior que não houve por parte do Impugnante qualquer operação de exportação de mercadorias no período autuado, tendo por base a análise dos arquivos eletrônicos e DAPIs entregues.

Ao encerrar, ratifica o pedido para que seja julgado procedente o lançamento.

Do Primeiro Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em bem fundamentado parecer de fls. 362/379 que foi adotado, em parte, para a decisão, opina, em preliminar, pelo indeferimento da realização da prova pericial requerida. Quanto ao mérito, pela procedência do lançamento.

Da Decisão da 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão de 07/07/09, deferiu o pedido de perícia, nos termos dos arts. 142/145 do RPTA, formulando, ainda os seguintes quesitos: 1) descrever minuciosamente o processo produtivo da Autuada desde a lavra, passando pelo transporte do minério, até o processo de beneficiamento, esclarecendo a função das máquinas e dos equipamentos utilizados dentro do processo, relacionando-os com as mercadorias cujos créditos de ICMS foram estornados; 2) informar para cada um dos itens cujos créditos foram estornados (Anexo 3, fls. 32/39), separando em planilhas de “materiais de uso/consumo” e “ativo permanente alheio”: nota fiscal, data descrição do produto/bem, valor unitário, valor total, contabilização, local de aplicação, função no processo de extração/produção, vida útil (se for parte ou peça, de equipamento ou máquina, informar a função desta máquina ou equipamento no

processo produtivo); 3) esclarecer a função dos veículos/máquinas/equipamentos (Anexo 4A, fls. 52/65) no processo produtivo; 4) esclarecer as atividades realizadas em cada um dos setores/máquinas/equipamentos/veículos relacionados no Anexo 6 (fls. 69/76).

Da Instrução Processual

O Fisco, à vista da decisão da Câmara, formula quesitos a serem respondidos pela perícia, fls. 395/396 dos autos, além dos quesitos apresentados pela Impugnante.

O Perito designado pelo Fisco faz solicitações à Impugnante, conforme fls. 399/402 dos autos

Às fls. 425/464 a Impugnante apresenta documentos, planilhas e arquivos magnéticos gravados em CDs relativos ao cumprimento do pedido de perícia.

O Perito designado pelo Fisco, em relatório de fls. 495/515, apresenta laudo conclusivo sobre a perícia, trazendo diversos Anexos, planilhas e fotos sobre o processo produtivo, bem como arquivos magnéticos gravados em CDs (fls. 519/696).

As respostas do Perito aos quesitos encontram-se nas fls. 498/514, podendo ser assim resumidos:

Resposta aos quesitos formulados pela Impugnante (fls. 276 e 277):

Quesito “i” (fls. 498/507) – Requer-se ao senhor Perito seja elucidado se os materiais adquiridos pela Autuada cujos créditos de ICMS foram glosados são utilizados no processo produtivo.

Resposta: Dos 494 (quatrocentos e noventa e quatro) itens do Anexo 3 (fls. 32/39) do Auto de Infração, 444 (quatrocentos e quarenta e quatro) são peças de manutenção e não produto intermediário, não passíveis de crédito (fls. 498/507), concluindo que os 50 (cinquenta) itens restantes atendem à condição de produto intermediário, conforme demonstram os Anexos IA e IB (fls. 519), com fundamento nas IN 01/86, IN 01/01 e no RICMS/02.

Quesito “ii” (fls. 507) – Requer-se ao senhor Perito seja descrita a aplicação de tais materiais no processo produtivo da Autuada, inclusive a energia elétrica, o óleo diesel e lubrificante, esclarecendo se eles se desgastam de forma integral e paulatina em razão das atividades produtivas promovidas pela Autuada, como elementos essenciais ao referido processo produtivo, considerando sua específica atividade.

Resposta: Alega que resultado encontra-se presente nos Anexos IA e IB, bem como nos Anexos IIIA e IIIB do relatório da perícia. Quanto a consumo de óleo diesel, a posição encontra-se nos Anexos IIA e IIB.

Quesito “iii” (fls. 508) – Requer-se ao senhor Perito que verifique se os referidos materiais são necessários para a realização das fases de lavra, movimentação e beneficiamento/estocagem, conforme previsto no Acordo celebrado com o Estado de Minas Gerais em 20/12/00. Em caso de resposta negativa, pede-se ao Sr. Perito que a justifique tecnicamente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resposta: Não responde sob a alegação de que o Acordo celebrado com o Estado de Minas Gerais não faz parte da legislação tributária.

Quesito “iv” (fls. 508) – Requer-se seja elucidada qual a duração média de cada um desses produtos.

Resposta: Alega ser improdutiva e complexa esta resposta.

Quesito “v” (fls. 509) – Requer-se ao senhor Perito que identifique e descreva as diversas etapas do processo produtivo da Impugnante nos quais são consumidos a energia elétrica e o óleo diesel e lubrificante adquiridos.

Resposta: O Perito se reporta aos fluxogramas apresentados pela Impugnante (fls. 430 a 456) e quanto aos lubrificantes aduz que não são produtos intermediários.

Resposta aos quesitos formulados pela 2ª Câmara:

Quesito 1 (fls. 510) – Descrever minuciosamente o processo produtivo da Autuada desde a lavra, passando pelo transporte do minério até o processo de beneficiamento, esclarecendo a função das máquinas e dos equipamentos utilizados dentro do processo, relacionando-os com as mercadorias cujos créditos de ICMS foram estornados.

Resposta: Entendeu que as informações encontram-se às fls. 430 a 456 e a relação entre as mercadorias cujos créditos foram estornados e as máquinas encontram-se nos Anexos IA e IB.

Quesito 2 (fls. 510/511) – Informar para cada um dos itens cujos créditos foram estornados (Anexo 3, fls. 32/39), separando em planilhas de “materiais de uso/consumo” e “ativo permanente alheio”: nota fiscal, data, descrição do produto/bem, valor unitário, valor total, contabilização, local de aplicação, função no processo de extração/produção, vida útil (se for parte ou pela, de equipamento ou máquina, informar a função desta máquina ou equipamento no processo produtivo).

Resposta: Alega que as informações solicitadas encontram-se nos Anexos IA e IB. Relativamente à contabilização, entende que todos os 203 (duzentos e três) produtos são “peças e componentes de equipamentos/instalações industriais”. No tocante à vida útil alega a desnecessidade da informação.

Quesito 3 (fls. 511) – Esclarecer a função dos veículos/máquinas/equipamentos (Anexo 4, fls. 52/65) no processo produtivo.

Resposta: Alega que as informações encontram-se nos Anexos IIA e IIB do relatório.

Quesito 4 (fls. 511) – Esclarecer as atividades realizadas em cada um dos setores/máquinas/equipamentos/veículos relacionados no Anexo 6 (fls. 70/76).

Resposta: Alega que as informações encontram-se nos Anexos IIIA e IIIB do relatório.

Resposta aos quesitos dos Auditores Fiscais:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quesito 1 (fls. 512) – Relativamente ao ativo permanente, informar se houve glosa pelo Fisco, de créditos de equipamentos utilizados no processo produtivo da Autuada, ou seja, utilizados na lavra, movimentação e beneficiamento do minério.

Resposta: Alega que os itens cujos créditos foram glosados não são classificados como ativo permanente.

Quesito 2 (fls. 512) – Informar se os equipamentos, relacionados às fls. 143/153, foram utilizados unicamente na atividade de mineração ou outra atividade como: engenharia de construção e manutenção de via; obras como retaludamento e reconstituição de paisagismo e de reflorestamento; construção de barragens de contenção de rejeitos; movimentação de plantas, arenito e estéreis na limpeza de terreno; transporte de passageiros, peças, ferramentas e outros equipamentos utilizados no estabelecimento, etc.

Resposta: Alega que as informações encontram-se nos Anexos IIA e IIB do relatório.

Quesito 2.1 (fls. 512) – Com relação a carregadeiras, informar quantas são utilizadas no pátio de estocagem de minério beneficiado com a função específica de carregar vagões, portanto, em atividade alheia ao processo e qual o volume de óleo diesel consumido nesta atividade no período.

Resposta: Transcreve informação prestada pela Impugnante (fl.458 PTA), segundo o qual 14 (quatorze) carregadeiras eram utilizadas e que a informação sobre o consumo encontra-se às fls. 459 a 464 dos autos.

Quesito 3 (fls. 513) – Informar se as partes e peças (de equipamentos), relacionadas às fls. 32/39 cujos créditos foram glosados pelo Fisco foram classificados e registrados contabilmente como Ativo Imobilizado e se constituem partes de reforma de bem ou de manutenção preventiva e/ou corretiva.

Resposta: Fornece a mesma resposta dada ao quesito “i” formulado pela Impugnante e reforça que as informações encontram-se nos Anexos IA e IB.

Quesito 4 (fls. 513) – Relativamente ainda aos itens relacionados às fls. 32/39, apontar aqueles que tiveram seus créditos glosados embora se constituindo produto individualizado, com identidade própria, que desenvolve atuação particularizada, essencial e específica em conta físico com o minério, o qual importa na perda de suas dimensões ou características originais.

Resposta: Alega que os 50 (cinquenta) itens classificados como “produto intermediário” encontram-se relacionados nos Anexos IA e IB.

Quesito 5 (fls.513) – Relativamente à exportação, informar se a Autuada efetuou alguma exportação no período fiscalizado.

Resposta: Informa que não consta dos DAPIs do período autuado operações de exportação.

Quesito 6 (fls. 514) – Relativamente à energia elétrica consumida no estabelecimento, informar se foi glosada aquela utilizada no processo produtivo do estabelecimento ou se refere ao consumo verificado nas linhas marginais e/ou alheias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tais como: iluminação geral da planta; bombeamento de rejeito e tratamento de água; iluminação do pátio da estocagem de minério para o carregamento de vagões.

Resposta: Informa que, em 2003, a instalação de “Bombeamento e Decantação de Lama” alimentava os circuitos de bombeamento de minério para as bacias de decantação e também alimentava as bombas de rejeito para a barragem. Em 2004, a energia elétrica das instalações “PSM” – Peneiramento de Minério a Seco e “ITMS JGD” – Instalação de Tratamento de Minério a Seco – Jangada foi consumida no processo de industrialização. Nas demais instalações, tanto em 2003 como em 2004, a energia elétrica foi consumida em cargas que não fazem parte do processo de industrialização.

Aduz que todas essas informações encontram-se nos Anexos IIIA e IIIB.

Dos esclarecimentos sobre os anexos do Perito:

Anexos em meio físico:

Anexo IB: Neste Anexo (fls. 520/590), o Perito traz informações sobre os itens listados na planilha do Fisco de fls. 32/39, explicitando a máquina/equipamento de uso da parte/peça, bem como sobre a função da máquina /equipamento no processo produtivo.

Anexos IIA e IIB: Nestes Anexos (fls. 592/612), para os exercícios de 2003 e 2004, respectivamente, o Perito lista os equipamentos informados pelo Fisco na planilha de fls. 52/53 sujeitos ao estorno do crédito na aquisição de óleo diesel, explicitando qual a função desempenhada pelos equipamentos na atividade da mineradora.

Anexos IIIA e IIIB: Nestes Anexos (fls. 613/621), para os exercícios de 2003 e 2004, o Perito traz informações sobre a energia elétrica consumida na área do estabelecimento, explicitando seu uso na atividade, bem como explica o funcionamento dos setores da mineradora.

Anexo IV: Neste anexo (fls. 623/696), o Fisco lista e traz fotografias de 72 (setenta e dois) itens (insumos) que julgou importante para a atividade extrativa da mineradora.

Anexos em meio eletrônico:

Anexos IA: Neste Anexo o Perito lista os mesmos insumos da planilha IB e acrescenta outras informações quanto à aquisição do insumo (data emissão, código produto, base cálculo, alíquota), inclusive sobre a contabilização do insumo no plano de contas da mineradora.

Anexos IIA e IIB: Trata-se da reprodução, em meio eletrônico, das planilhas apresentadas em meio físico.

Anexo IIIA e IIIB: Trata-se da reprodução, em meio eletrônico, das planilhas apresentadas em meio físico.

Anexo IV: Reprodução, em meio eletrônico, das fotos anexadas nos autos às fls. 623/696.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Findo o laudo pericial, a Impugnante foi comunicada de sua conclusão (fls. 697) e instada a se pronunciar, nos termos do art. 145, I do RPTA, manteve-se silente.

Aberta vista ao Fisco (fls. 700), o Fisco comparece aos autos (fls. 701/706) e se manifesta sobre a conclusão da perícia, apontando os motivos pelos quais contesta a exclusão dos 50 (cinquenta) itens apontados e reforça os conceitos da IN 01/86 e da IN 01/01 como normas balizadoras da exigência fiscal.

Ao final reforça o pedido pela procedência do lançamento na forma originariamente exigida no Auto de Infração.

Do Segundo Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em bem fundamentado parecer de fls. 707/726 que foi adotado, em parte, para a decisão, opina pela procedência parcial do lançamento para:

- 1 – na irregularidade 1 (item 1.1 do AI):
 - a - cancelar, em decorrência da decadência, as exigências relativas aos itens adquiridos no período de setembro/03 a 17/12/03 nas aquisições interestaduais;
 - b – cancelar as exigências dos itens apontados no relatório do Perito;
- 2 – na irregularidade 3 (item 1.3 do AI), reduzir a diferença exigida para R\$ 4.204,89;
- 3 – na irregularidade 4 (item 1.4 do AI), cancelar o estorno da energia elétrica relativas às áreas apontadas pelo Senhor Perito - Bombeamento de Decantação de Lama, PSM e ITMS JGD -;
- 4 – na irregularidade 5 (item 2 do AI), cancelar as exigências relativas ao período de setembro/03 a 17/12/03 nas aquisições interestaduais dos itens de uso/consumo, em decorrência da decadência;
- 5 – cancelar as exigências da multa isolada cumulativa com a multa de revalidação nos períodos em que houve saldo devedor – 2003, setembro, outubro e dezembro; 2004, julho e 2005, abril, maio e julho.

DECISÃO

Versa o presente contencioso, como relatado, sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de setembro de 2003 a julho de 2005, em decorrência de aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacados em notas fiscais de aquisição de materiais de uso e consumo, de bens/mercadorias alheios à atividade do estabelecimento, de energia elétrica, bem como sobre a falta de recolhimento de ICMS relativo ao diferencial de alíquotas na aquisição destes produtos em operação interestadual, além do estorno de crédito apropriado com valor maior do que o destacado.

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal de fls. 330/356 e nos pareceres da Assessoria do CC/MG de fls. 362/379 e 707/726, como já dito, foram os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mesmos utilizados, em parte, pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo algumas alterações e adaptações de estilo.

De plano, quer o Sujeito Passivo que o Estado tenha decaído do direito de efetuar o lançamento referente aos créditos de ICMS do período de setembro de 2003 a novembro daquele ano, tendo em conta a decadência do prazo previsto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional:

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.

Pressuposto básico para que se efetive a homologação explícita ou tácita é que tenha ocorrido pagamento antecipado do tributo pelo obrigado. Conforme imputação fiscal, a obrigação de pagamento do imposto é da Autuada e o sujeito ativo Minas Gerais. Isso não se deu, por consequência, não há o que homologar, logo, exsurge a possibilidade jurídica da efetivação do lançamento de ofício, para cujo direito prevalece a regra de caducidade posta no art. 173, inc. I do mesmo CTN:

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;

Se os fatos geradores são de 2003, o Fisco teria até 31 de dezembro de 2008 para efetuar o lançamento de ofício, assim considerado o Auto de Infração regularmente notificado ao Sujeito Passivo.

Observando-se a fl. 06, confirma-se a intimação em 17/12/08, portanto, antes de expirado o prazo para considerar-se decaído o direito de lançar.

Sobre essa matéria o Superior Tribunal de Justiça assim manifestou-se:

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO FINANCEIRO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN. APLICAÇÃO CONJUNTA. IMPOSSIBILIDADE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I – ESTA CORTE ADOTA ENTENDIMENTO DE QUE O PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, NA HIPÓTESE EM QUE NÃO HÁ PAGAMENTO DA DÍVIDA, É DE CINCO ANOS, CONTADOS DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 173, INCISO I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES: RESP Nº 733.915/SP, REL. MIN. ELIANA CALMON, DJ DE 16/08/2007; ERESP Nº 413.265/SC, REL. MIN. DENISE ARRUDA, DJ DE 30/10/2006; RESP Nº 839.418/SC, REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJ DE 28/09/2006 E AGRG NO AG Nº 717.345/RS, REL. MIN. LUIZ FUX, DJ DE 28/09/2006. II – AGRAVO REGIMENTO IMPROVIDO. (AGRG NO RESP 949060-RS, REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJ 12/11/2007) (SUBLINHADO).

Como o Sujeito Passivo não efetuou qualquer pagamento, mas, pelo contrário, deixou de recolher corretamente o imposto devido, conclusivamente não cabe falar em decadência do lançamento de ofício.

Quanto ao mérito, propriamente dito, com os esclarecimentos feitos pela perícia sobre os quesitos levantados pelo Fisco e pelo Contribuinte, verifica-se possível a resolução clara e objetiva do contencioso administrativo.

Denota-se que a decisão da Câmara ao acatar o pedido de perícia, objetivou buscar maior esclarecimento da matéria e ocorreu em face das dúvidas que se originaram das planilhas trazidas pelo Fisco (fls. 32/39) no Auto de Infração, quando apresenta conjuntamente e para fins do estorno, material de uso/consumo, bens alheios e bens do ativo, identificando por códigos.

Relativamente aos quesitos formulados pela Impugnante, pode-se afirmar que o primeiro quesito é a essência do trabalho fiscal e cuja resposta é praticamente uma confirmação das exigências de estorno promovidas pelo Fisco, ressalvando a discussão quanto aos 50 (cinquenta) itens que o Perito considerou como produtos intermediários.

As demais respostas encontram-se nos Anexos do Perito e nas informações prestadas pela própria Impugnante, especialmente quanto ao processo produtivo (fls. 430/456).

Dos quesitos da 2ª Câmara de Julgamento, o quesito nº 2 é o mais importante, cujo fim é esclarecer o papel dos itens no processo de extração da Impugnante.

Com relação a esse quesito, o Perito não prestou informação separando os itens, mas informou nas planilhas dos Anexos a função das máquinas/equipamentos no processo extrativo e da utilização da peça na própria máquina, de forma a permitir uma avaliação consistente do trabalho fiscal, conforme demonstram os Anexos IA e IB do relatório pericial.

Dos quesitos formulados pelo Fisco, as respostas aos quesitos 1 e 2 são mais relevantes para elucidação da questão, já que define que inexistem bens classificados como ativo permanente com créditos estornados e especifica a função dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

equipamentos cujos créditos foram glosados nos Anexos IIA e IIB do relatório da perícia.

Analisando os anexos do Perito, verifica-se que, no Anexo IB (fls. 520/590), em meio físico, o Fisco apresenta, de forma didática, os itens objetos do estorno do Fisco listados no Anexo 3 (fls. 32/39), esclarecendo a função e utilização do item no processo de extração, inclusive classificando o item como material de uso/consumo ou intermediário.

Nos Anexos IIA e IIB, em meio físico, o Fisco apresenta a listagem dos equipamentos relacionados no Anexo 4A do Fisco, descrevendo a função dos equipamentos/veículos no processo de extração, sendo bastante esclarecedor.

Nos Anexos IIIA e IIIB, o Fisco apresenta planilhas esclarecendo a utilização da energia elétrica no processo de extração.

No Anexo IA, em meio magnético, o Fisco apresenta planilha correlacionando o item (peça) com o equipamento onde é utilizado e a função do equipamento/veículo no processo extrativo e ainda informando a natureza do crédito ou do estorno, conforme o caso.

De pronto, extrai-se do relatório do Perito a confirmação das exigências fiscais, servindo os levantamentos do perito para reforçar e dar sustentação às exigências do Fisco, ressalvada a questão sobre os 50 (cinquenta) itens cuja opinião do perito diverge da posição dos agentes fiscais atuantes.

Relata o Fisco em sua manifestação que as exigências fiscais desse AI somente foram efetivadas após reuniões com a Impugnante e visitas ao estabelecimento para conhecimento e observação do funcionamento e utilização dos produtos no processo de extração e que, para fins do estorno, levou-se em consideração tanto o disposto na IN 01/86 quanto na IN 01/01.

De fato, constata-se no trabalho fiscal o amplo conhecimento dos Agentes Fiscais em relação aos efeitos das instruções normativas que tratam da matéria, bem como das decisões desse Órgão Julgador.

Antes de adentrar nos itens das irregularidades tratadas no Auto de Infração e nos itens da defesa da Impugnante, cabem considerações acerca da IN SLT 01/01 e da IN 01/98, que trata do conceito de bens alheios, já que são as normas em discussão no presente PTA.

A IN SLT 01/01 não inovou ou alargou os conceitos sobre produto intermediário tratado na IN SLT 01/86 para fins de gerar direito ao crédito do ICMS.

Aliás, a Instrução Normativa 01/86 já foi instrumento normativo avançado para um período em que predominava o entendimento de que o crédito de ICMS permitido era apenas o físico, mesmo para a atividade industrial, onde os insumos capazes de gerar crédito eram a matéria prima e os materiais de embalagem.

A diferença em relação à atividade mineradora é que a SEF/MG entendia – até a publicação da IN 01/01 - que o direito de crédito do produto intermediário utilizado na atividade de mineração se restringia aos insumos e partes utilizados no

processo direto de extração e perfuração, vale dizer, as brocas, hastes de perfuração, dinamites e outros itens na mesma linha, deixando de considerar os produtos/bens utilizados no restante do processo (transporte, beneficiamento, estocagem) como produtos intermediários.

Assim, para pacificar o entendimento no Estado e atender o pleito da atividade mineradora veio a lume a IN SLT 01/01. Apesar de ser meramente explicativa, conforme se deduz dos vocábulos “dentre outros” e “tais como”, encontrados no art. 2º, a norma não veio autorizar o crédito de qualquer bem ou mercadoria adquirida. Esses vocábulos somente tiveram o fim de estabelecer uma orientação quanto ao alcance de quais produtos “intermediários” utilizados em todo o processo ensejariam o direito ao crédito.

Portanto, para fins do direito ao crédito de ICMS, além dos outros requisitos regulamentares, é condição que qualquer produto seja similar aos relacionados e que seja “consumido” no processo produtivo da mineradora da forma como estabelecido na IN 01/86, estendo-se tal processo desde a lavra até a estocagem dos produtos.

A IN 01/98, por sua vez, teve o objetivo de traçar um norte, tanto ao próprio Fisco quanto os contribuintes sobre o alcance a ser dado à norma trazida pela Lei Complementar nº 87/96, a saber: *"Salvo disposição em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal."*

Nesse sentido, as mercadorias e bem adquiridos não poderiam gerar crédito do ICMS se utilizados com fins equivalentes ao veículo de uso pessoal do estabelecimento.

Implica dizer que o bem/mercadoria, ainda que seja um bem econômico da sociedade empresária, será considerado bem alheio quando não for utilizado diretamente no meio produtivo da sua atividade fim, servindo apenas de apoio e contribuição para o desempenho da atividade produtiva (escritório, recursos humanos, almoxarifado e outros setores).

Torna-se importante fortalecer o entendimento da diferença de conceitos entre material de uso ou consumo e bens alheios já que a consequência sobre um ou outro entendimento pode ser distinta.

Feitas essas considerações, passa-se à análise das exigências do Auto de Infração.

Irregularidade 1 (Item 1.1 do Auto Infração):

Trata esse item do estorno de crédito de bens/mercadorias considerados de uso/consumo e bens do ativo alheios à atividade do estabelecimento.

Para demonstrar seu feito, o Fisco anexa planilha relacionando os produtos cujos créditos foram estornados (fls. 32/39), explicando em coluna própria da planilha denominada - “código local de aplicação” - o motivo do estorno, conforme código na última planilha (fls. 39).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A perícia determinada pela 2ª Câmara de Julgamento teve o condão de procurar trazer informações capazes de orientar a tomada de decisão com segurança, apesar da bem explicada planilha do Fisco e dos códigos dos produtos.

Para fins dessa exigência, o Perito traz os Anexos IA e IB, esclarecendo e trazendo informações sobre os itens estornados, surgindo destes Anexos a divergência quanto à exigência fiscal no tocante aos 50 (cinquenta) itens informados.

Analisando a planilha apresentada pelo Fisco (fl. 32/39), em confronto com as planilhas e Anexos do relatório do Perito, percebe-se que os 50 (cinquenta) itens considerados produtos intermediários pelo Perito encontram-se listados nas planilhas do Anexo IB (fls. 520/590), ainda que não tenham sido informados separadamente.

Como informa o Fisco na Manifestação Fiscal de fls. 701/706, consistem os itens, basicamente, em:

- a) adaptador ponta de caçamba escavadeira – item 248, fl. 555, foto 03.
- b) base componente – item 320, fl.565, foto 05;
- c) chapas desgaste – itens e fls. diversos, foto 15;
- d) chapa componente – itens e fls. diversos, foto 36;
- e) coroa para perfuratriz – item 291, fl.561, foto 32;
- f) forro componente – item 445, fl. 583, foto 04;
- g) kit de reparo da caçamba para escavadeira – item 233, fl. 553, sem foto;
- h) placa do hidroclicador- item 365, fl. 571, foto 28;
- i) placa para britador – item 85, fl. 531, sem foto;
- j) placa standard – item 176, fl. 544, sem foto;
- k) ponta equipamento Caterpillar – itens 54/155, fl. 526/541, foto 11;
- l) reforços laterais – itens 259/390/440, fls. 556/575/582;
- m) revestimento – item 461, fl. 585, foto 022.

Analisando a planilha constante do meio magnético, tornou-se possível identificar os itens tidos como produto intermediário para fins de facilitar o trabalho de análise.

Dessa forma, pesquisando e confrontando as informações constantes das planilhas acerca da utilização do item e dos veículos/equipamento no processo produtivo da mineradora com as fotos trazidas nos autos, razão deve ser dada ao Perito devendo ser excluídas das exigências do estorno os 50 (cinquenta) itens por ele apontados.

Importante frisar, ainda, a informação do Perito quanto ao entendimento de que todos os itens de fls. 32/39 não constituem bens do ativo imobilizado, mas de uso/consumo ou insumos do estabelecimento da Autuada.

Irregularidade 2 (Item 1.2 do Auto Infração):

Trata-se de apropriação indevida, a título de crédito, do imposto informado nas notas fiscais relacionadas no Anexo 4 da exigência fiscal, referentes às aquisições de óleo diesel utilizados fora do processo de industrialização, lançado sinteticamente no livro Registro de Apuração do ICMS sob o título “Outros Créditos”, subtítulo “Substituição Tributária”, conforme detalhamento fornecido pela Contribuinte.

Para demonstrar seu trabalho, o Fisco traz planilhas relacionando os veículos/equipamentos cuja aquisição de óleo diesel estava sujeita ao estorno do crédito (fls. 54/65) e planilhas onde faz o estorno proporcional ao consumo do óleo diesel em função da utilização nos equipamentos na atividade produtiva (fls. 41/51).

Constata-se que o consumo dos equipamentos em cada mês do período foi extraído de planilhas informadas pela Autuada, conforme fls. 151/153 dos autos.

Numa análise da planilha apresentada pelo Fisco, constata-se que foram glosados os créditos de veículos e equipamentos nos quais o Fisco considerou como “apoio” à atividade extrativa, estornando-se crédito de aquisição de óleo diesel para utilização em camionetes, caminhão guindalto, caminhão de apoio, compressor gerador, motoniveladoras, tratores de esteira, tratores de pneu.

O trabalho do perito acerca dessa matéria, como se denota nos Anexos IIA e IIB, reforça o entendimento do Fisco. É que, ao explicitar que os veículos cujos créditos do ICMS foram glosados não exercem papel na atividade produtiva, o óleo diesel adquirido e consumido pelos equipamentos não podem ser considerados insumos que geram crédito, nos termos do disposto na IN 01/86 e 01/01.

Nesse contexto, a exigência fiscal encontra-se correta à luz da IN 01/86 e IN 01/01, deixando-se de fazer comentários acerca da questão da proporcionalidade em relação às operações de exportação em face da constatação da inexistência dessas operações no período autuado.

Irregularidade 3 (Item 1.3 do Auto Infração):

Trata-se de apropriação de créditos do imposto em valores superiores aos destacados nas notas fiscais discriminadas no Anexo 5 (fls. 66/67).

No Anexo 5 do trabalho fiscal (fls. 67), o Fisco apresenta planilha com a demonstração e relação do documentos fiscais cujos créditos foram parcialmente glosados. As cópias dos documentos fiscais respectivos, bem como, a cópia do livro Registro de Entrada, onde o valor do crédito foi registrado, encontra-se no Anexo 9 (fls. 200/212).

Denota-se na planilha (fls. 67) que a Impugnante apropriou crédito de ICMS equivalente ao resultado da aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre o valor da operação da remessa da Petrobrás Distribuidora para a Impugnante - R\$ 17.970,00 (dezessete mil, novecentos e setenta reais) para a Nota Fiscal nº 427875 - conforme informam as cópias das notas fiscais e o lançamento no livro fiscal próprio (fls. 200/211).

O Fisco, no entanto, entendeu que o valor correto a ser creditado é o resultante da utilização da alíquota vigente à época, que era 12% (doze por cento) e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

resultava no valor de R\$ 2.156,00 (dois mil, cento e cinquenta e seis reais), para a mesma NF 427875.

A diferença entre os valores R\$ 3.234,60 e R\$ 2.156,40 – R\$ 1.078,20 - foi o valor exigido para a NF nº 427875, conforme planilha de fls. 67.

Porém, os valores da diferença exigidos pelo Fisco não se mostram corretos.

É que, à luz da legislação vigente à época – art. 27 da Parte Geral -, atual § 8º, art. 66, ambos da Parte Geral do RICMS/02, o valor a se creditar no recebimento de mercadoria não destinada à comercialização corresponde ao somatório do valor do ICMS da operação própria e do ICMS/ST, conforme explica o citado § 8º, c/c o art. 37, II, 2.1.2, do Anexo XV, que elucidam a questão, *verbis*:

RICMS/02 - Parte Geral

Art. 66.(omissis)

(...)

§ 8º O contribuinte que receber mercadoria com o imposto retido por substituição tributária ou que tenha recolhido o imposto sob o referido título em virtude da entrada da mercadoria em território mineiro e não destiná-la à comercialização, poderá apropriar-se, sob a forma de crédito, do valor do imposto que incidiu nas operações com a mercadoria.

(...)

RICMS/02 - Anexo XV

Art. 37.(omissis)

(...)

II - (omissis)

(...)

2. tratando-se de operação entre contribuintes:

(...)

2.1.2. o valor do imposto que incidiu nas operações com a mercadoria, que corresponderá à soma do valor do imposto devido a título de substituição tributária e do imposto devido pela operação própria do sujeito passivo por substituição ou do remetente quando a responsabilidade for atribuída ao destinatário da mercadoria; (grifou-se)

Na prática, para se conhecer o valor a ser creditado, basta aplicar a alíquota vigente à base de cálculo sujeita ao ICMS/ST.

Dessa forma, para a NF 427875, o valor do crédito a ser apropriado será R\$ 2.628,00 (BC/ST x alíquota = R\$ 21.900,00 x 0,12), fazendo com que a diferença a cobrar não será de R\$ 1.078,20 conforme informado na planilha de fls. 67, mas de R\$ 606,60 (R\$ 3.234,60 – R\$ 2.628,00).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O mesmo procedimento deverá ser adotado para as demais notas fiscais, conforme tabela, considerando que a alíquota do óleo diesel vigente para o período autuado era de 12% (doze por cento).

Nota Fiscal	ICMS creditado	ICMS correto a creditar	Diferença exigida pelo Fisco	Diferença proposta pela Assessoria
427875	3.234,60	2.628,00	1.078,20	606,60
428566	3.234,60	2.628,00	1.078,20	606,60
430323	3.230,55	2.628,00	1.076,85	602,55
431741	3.222,18	2.628,00	1.074,06	594,18
432540	3.222,18	2.628,00	1.074,06	594,18
431334	3.222,18	2.628,00	1.074,06	594,18
429094	3.234,60	2.628,00	1.078,20	606,60
Total	22.600,89	18.396,00	7.533,63	<u>4.204,89</u>

Logo, a diferença a ser exigida será o valor correspondente a R\$ 4.204,89 (quatro mil, duzentos e quatro reais e oitenta e nove centavos).

Irregularidade 4 (Item 1.4 do Auto Infração):

Trata essa irregularidade da apropriação indevida de créditos do imposto sobre a aquisição de energia elétrica consumida fora do processo de industrialização, conforme discriminado no Anexo 6 (fls. 68/76).

Denota-se que o estorno do crédito da energia elétrica também foi feito de forma proporcional aos diversos setores do estabelecimento da Autuada, conforme esclarece as planilhas de fls. 70/75, cuja percentual de utilização da energia foi fornecido por ela, conforme informado nas fls. 214/232 dos autos.

Na impugnação, a Autuada alega que o Fisco glosou o crédito do ICMS relativo à energia elétrica utilizada em setores típicos da mineração, tais como usina principal, instalação de tratamento de minério, carregador de vagões, britagem e pelotização.

Importante salientar que os Agentes Fiscais formularam o quesito nº 6 quanto a essa questão, com conclusão do Perito nos seguintes termos: “Em 2003, a instalação de “Bombeamento e Decantação de Lama” alimentava os circuitos de

bombeamento de minério para as bacias de decantação e também alimentava as bombas de rejeito para a barragem. Em 2004, a energia elétrica das instalações “PSM” – Peneiramento de Minério a Seco e “ITMS JGD” – Instalação de Tratamento de Minério a Seco – Jangada foi consumida no processo de industrialização. Nas demais instalações, tanto em 2003 como em 2004, a energia elétrica foi consumida em cargas que não fazem parte do processo de industrialização.”

Informa, ainda, o Perito, que todas as informações encontram-se nos Anexos IIIA e IIIB do relatório.

Analisando as planilhas e o relatório do Perito, não assiste razão à Impugnante. No exaustivo e minucioso trabalho do Perito explicitado nas planilhas IIIA e IIIB, constata-se o zelo que teve esse profissional em examinar as áreas de utilização da energia elétrica e sua relação com o processo produtivo da Autuada.

Nesse sentido, equivoca-se a Impugnante quando alega que o Fisco promoveu o estorno em áreas produtivas do estabelecimento, exceto quanto às áreas assinaladas pelo Perito em seu relatório – Bombeamento de Decantação de Lama, PSM e ITMS JGD.

Logo, deve ser entendido como correto a exigência fiscal, devendo ser acatada a exclusão do estorno do ICMS da energia elétrica para as áreas apontadas no relatório do Perito.

Irregularidade 5 (Item 2 do Auto Infração):

Trata essa irregularidade da falta de recolhimento do ICMS, no período de setembro de 2003 a dezembro de 2004, referente à diferença de alíquotas devida nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, para fins de uso e consumo e de bens para o ativo permanente alheios à atividade do estabelecimento.

Aduz o Fisco que o ICMS – diferença de alíquotas – refere-se à aquisição em operação interestadual dos produtos listados nas planilhas do Anexo 3 da exigência fiscal (fls. 32/39).

De fato, analisando-se a planilha, constata-se que há várias aquisições em outros Estados.

A infração está bem caracterizada no Auto de Infração e encontra sustentação na Lei nº 6.763/75, art. 5º, § 1º, item 6, c/c os arts. 6º, inc. II e art. 12, § 2º, assim também, no art. 1º, inc. VII; art. 2º, inc. II e art. 43, inc. XII do RICMS/02.

Porém, muitos dos produtos listados na planilha de fls. 32/39 e no Anexo IB encontram-se também na condição de produto intermediário sujeito ao crédito, conforme relação do Perito, devendo ser excluídos da exigência desse item.

Tomando como base o Anexo IB do Perito (fls. 519/590), em relação aos itens adquiridos de fora do Estado e a título de exemplo tem-se:

chapas de desgastes relacionadas nos itens 1, 2 e 8 – SC - (entre outros);

placa do britador, item 85, fl. 531 – SP - ;

adaptador ponta caçamba, item 248, fl. 555 – SP -.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para exclusão dos demais itens, deve ser verificado quais desses itens foram adquiridos em outro Estado.

As multas exigidas, tanto a multa de revalidação quanto a multa isolada exigidas estão de acordo com a situação fiscal apurada e encontram-se previstas na Lei nº 6.763/75. A Multa de Revalidação é a prevista no art. 56, inc. II e a Multa Isolada a capitulada no art. 55, inc. XXVI, esta a partir de novembro de 2003, ambas da citada Lei, abaixo transcritas:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 1º - As multas serão cumulativas, quando resultarem concomitantemente do não cumprimento de obrigação tributária acessória e principal.

(...)

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;

(...)

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

A Impugnante menciona o Acordo celebrado com o Estado de Minas Gerais em 20/12/00, alegando que o mesmo autorizaria os créditos de produtos análogos àqueles que constituem o objeto do presente Auto de Infração. No entanto, tem-se que tal interpretação é totalmente improcedente, pois não consta dos compromissos do Estado estipulados no referido Acordo (itens 3.1.1 a 3.1.7 – fls. 298/300) qualquer concessão retroativa de direito a créditos.

Não merece prosperar também o entendimento da Impugnante no sentido de pretender equiparar o citado Acordo com uma norma complementar em matéria tributária, sob o amparo do art. 100, inc. III do CTN. Mesmo porque, foi o Acordo celebrado uma única vez entre a SEF/MG e a Autuada, referindo-se a pendências concretas e anteriores a ele, não surtindo efeitos futuros e indeterminados.

Cumprе registrar, ainda, que embora a Impugnante tenha dito que promoveria o pagamento das exigências referentes à irregularidade de nº 1.3 e parte da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

irregularidade indicada no item 1.4 do Auto de Infração, nenhum comprovante nesse sentido foi anexado aos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: dos itens 1.1 e 2 do Auto de Infração excluir as exigências relativas aos 50 (cinquenta) produtos classificados pelo Perito como produtos intermediários, conforme informado às fls. 506/507, especificados no Anexo I-B às fls. 520/590; adequar as exigências relativas ao item 1.3 aos valores propostos pela Assessoria do CC/MG conforme quadro de fls. 724; do item 1.4 do AI excluir as exigências relativas à energia elétrica consumida no processo de industrialização, confirmado pelo Perito às fls. 514 e demonstrado nos Anexos III-A, fls. 614/615 e III-B, fls. 617/621, sendo 17,4% (dezessete por cento e quatro décimos) do consumido na área “Bombeamento e Decantação de Lama”, fls. 614, e a totalidade do consumido nas áreas “PSM”, fls. 618, e “ITMS JGD” fls. 621. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava parcialmente procedente, para excluir ainda as exigências relativas a “pneus fora de estrada” e “lâmina do raspador de correia”, bem como óleo diesel utilizado no processo produtivo, assim considerado até o carregamento dos vagões. Pelo Impugnante, sustentou oralmente o Dr. João Manoel Martins Vieira Rolla e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 07 de outubro de 2010.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.966/10/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000159423-23
Impugnação: 40.010124127-32
Impugnante: Vale S.A.
IE: 090024161.53-25
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-3

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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.

Versa a presente autuação acerca do pretensão recolhimento a menor do ICMS, no período de setembro de 2003 a julho de 2005, apurado por meio de recomposição da conta gráfica que teve lugar em face das seguintes imputações fiscais:

- aproveitamento indevido de crédito do imposto destacado em notas fiscais referentes a materiais considerados pelo Fisco como de uso e consumo, bens do ativo permanente alheios a atividade do estabelecimento, óleo diesel utilizado fora do processo de produção, em valores superiores aos destacados nas notas fiscais, energia elétrica consumida fora do processo de industrialização;

- falta de recolhimento da diferença de alíquota devida nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, para fins de uso e consumo e de bens para o ativo permanente alheios a atividades do estabelecimento.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI.

Cumprido destacar, já de início, que este voto considera que os produtos “pneu fora de estrada” e “lâmina do raspador de correia”, bem como o óleo diesel utilizado no processo produtivo, assim considerado até o carregamento dos vagões, sobre os quais discute-se a propriedade do aproveitamento do crédito, não podem ser tidos como de uso e consumo, mas sim caracterizam-se como produtos intermediários.

Feita esta ponderação, importante ressaltar que a autuação versa sobre a imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, em virtude de ter a Fiscalização considerado que a Impugnante aproveitou indevidamente créditos destacados nos documentos fiscais relacionados às fls. 31/39, bem como deixou de promover o recolhimento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais.

Segundo a Fiscalização os materiais cujas aquisições foram acobertadas pelas notas fiscais objeto da autuação seriam:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destinados a uso e consumo do estabelecimento da Impugnante;
- bens do ativo permanente alheios a atividade do estabelecimento da Impugnante;
- óleo diesel utilizado fora do processo de produção;
- energia elétrica consumida fora do processo de industrialização.

Deixa-se de tecer qualquer comentário sobre a questão da energia elétrica, uma vez que, neste aspecto, dentre outros, este voto coincide com a decisão majoritária tomada a partir de laudo técnico que abordou a matéria.

Analisando a planilha de fls. 31/39, percebe-se que o crédito do imposto está vinculado às aquisições de vários produtos, dentre os quais “pneu fora de estrada” e “lâmina do raspador de correia”, bem como o óleo diesel utilizado no processo produtivo, assim considerado até o carregamento dos vagões.

Por sua vez, o laudo técnico elaborado por perito de fls. 495/514 composto de diversos Anexos, planilhas e fotos sobre o processo produtivo da Impugnante, fornece as informações necessárias, permitindo conhecer o local de aplicação dos produtos e suas finalidades no processo produtivo.

Desta forma, a princípio, o cerne da questão consiste no correto enquadramento dos materiais, para efeito de crédito de ICMS, ou seja, uso e consumo ou alheios à atividade da Impugnante, como pretendido pelo Fisco, ou intermediário, como sustentado pela Defendente.

O aproveitamento de créditos do ICMS estabelecido no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “c” da Constituição Federal, encontra-se disciplinado, como regra geral, no art. 20 da Lei Complementar n.º 87/96 que assim determina:

“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.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

§ 2º Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal.

§ 3º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

I - para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto se tratar-se de saída para o exterior;

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

§ 4º Deliberação dos Estados, na forma do art. 28, poderá dispor que não se aplique, no todo ou em parte, a vedação prevista no parágrafo anterior.

§ 5º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado:

.....

§ 6º Operações tributadas, posteriores a saídas de que trata o § 3º, dão ao estabelecimento que as praticar direito a creditar-se do imposto cobrado nas operações anteriores às isentas ou não tributadas sempre que a saída isenta ou não tributada seja relativa a:

I - produtos agropecuários;

II - quando autorizado em lei estadual, outras mercadorias."

Assim, como pode ser visto na legislação complementar acima transcrita, a única vedação textual trazida pela norma é quanto aos veículos de transporte pessoal até mesmo porque a Lei Complementar n.º 87/96 permite o aproveitamento do crédito do material denominado de uso e consumo, mas determina que tal direito só poderá ser exercido a partir de 1º de janeiro de 2011.

Na esteira da Lei Complementar n.º 87/96, o Estado de Minas Gerais disciplinou o aproveitamento de créditos de ICMS estabelecendo, no art. 31 da Lei n.º 6.763/75, as hipóteses em que não será aproveitado o crédito, a saber:

"Art. 31 - Não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou nas prestações subsequentes:

I - a operação ou a prestação beneficiada por isenção ou não-incidência do imposto, salvo previsão em contrário da legislação tributária;

II - o imposto relativo à operação ou à prestação, quando a operação ou a prestação subsequente, com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante, inclusive a utilizada na produção, na geração ou na extração, estiverem beneficiadas por isenção ou não-incidência, exceto, observado o disposto no § 3º do artigo 32, quando destinada a exportação para o exterior;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - o imposto relativo à entrada de bem ou ao recebimento de serviço alheios à atividade do estabelecimento.

§ 1º - Salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou a prestação subsequente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada.

§ 2º - Salvo prova em contrário, presumem-se alheio à atividade do estabelecimento o veículo de transporte pessoal.

§ 3º - Em cada período de apuração do imposto, não será admitido o abatimento de que trata a alínea "a" do item 4 do § 5º do art. 29, na proporção das operações e prestações isentas, não tributadas ou com base de cálculo reduzida em relação ao total das operações e prestações, conforme dispuser o regulamento.

§ 4º - Após o quadragésimo oitavo período de apuração do imposto, contado a partir daquele em que tenha ocorrido a entrada do bem destinado ao ativo permanente, também não será admitido o abatimento, a título de crédito, da eventual diferença entre o valor total do imposto incidente na operação relativa à entrada do bem e o somatório dos valores efetivamente lançados como crédito nos respectivos períodos de apuração."

Como pode ser visto das normas transcritas, a Lei n.º 6.763/75 também não tratou diretamente da conceituação dos materiais alheios à atividade do estabelecimento para fins de aproveitamento de crédito.

Já o Regulamento do ICMS cuida da questão do aproveitamento de créditos do ICMS, dentre outros, no art. 66, assim determinando:

"CAPÍTULO II

Do Crédito do Imposto

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:

I - ao serviço de transporte ou de comunicação prestado ao tomador, observado o disposto no § 2º deste artigo;

II - à entrada de bem destinado ao ativo permanente do estabelecimento, observado o disposto nos §§ 3º, 5º e 6º deste artigo;

III - à entrada de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, observado o disposto no § 4º deste artigo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - às mercadorias, inclusive material de embalagem, adquiridas ou recebidas no período para comercialização;

V - a matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, adquiridos ou recebidos no período, para emprego diretamente no processo de produção, extração, industrialização, geração ou comunicação, observando-se que:

.....
b - são compreendidos entre as matérias-primas e os produtos intermediários aqueles que sejam consumidos ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição;

.....
X - à entrada de bem destinado a uso ou consumo do estabelecimento, ocorrida a partir de 1º de janeiro de 2011." (grifos não constam do original).

Portanto, o Regulamento do ICMS já define mais estreitamente qual é o produto intermediário que enseja direito a crédito do ICMS explicitando que é aquele adquirido para emprego diretamente no processo de produção, extração, industrialização.

É exatamente neste conceito que se inserem os produtos sobre os quais o Fisco pretende o estorno do crédito e exige o diferencial de alíquota.

O processo produtivo da Impugnante, que é uma mineradora, conforme definido na Instrução Normativa n.º 01/01, inicia-se *“com 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”*.

Não seria possível admitir-se outro conceito para o processo produtivo, ainda mais no caso do imposto estadual.

Assim, no caso dos autos, o fato do óleo diesel e dos “pneus fora de estrada” serem aplicados até o carregamento dos vagões, não lhe retira a característica de utilização no processo de produção e autoriza a conclusão de que possam ser classificados como produtos intermediários.

Na mesma linha, é essencial a “lâmina do raspador de correia” enquanto agente de funcionamento dos equipamentos e com contato direto com o minério.

Quanto à “lâmina do raspador de correia” veja-se que às fls. 521 e 571, por exemplo, obtém-se as seguintes informações sobre este produto:

- Local de utilização: no raspador da correia transportadora/correia transportadora;

- Contato com o minério que se industrializa: Sim (raspador primário).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estas informações são importantes pois deixam claro que o produto tem contato direto com a mercadoria produzida pela Impugnante. Ademais, também atestam que o local de utilização é a correia transportadora.

Voltando-se à Instrução Normativa n.º 01/01 verifica-se que a correia transportadora está lá expressamente citada.

Acrescente-se ainda que à fl. 649 encontra-se a fotografia do produto e é possível verificar-se com clareza o contato físico da “lâmina do raspador de correia” com o minério de ferro.

Também não se pode desprezar a questão relativa aos “pneus fora de estrada”.

Não se tratam estes de pneus de qualquer espécie ou que possam ser utilizados em veículos comuns. Estes pneus só podem ser utilizados em veículos cuja única função é o transporte do minério. Veja-se aqui que o transporte do minério é textualmente citado na Instrução Normativa n.º 01/01, a saber:

“Art. 1º - Por processo produtivo desempenhado por empresas mineradoras entende-se aquele compreendido entre a fase de desmonte da rocha ou remoção de estéril até a fase de estocagem, inclusive a movimentação do minério do local de extração até o de beneficiamento ou estocagem.

Art. 2º- Para efeitos de crédito no imposto, considera-se produto intermediário, observado o disposto na Instrução Normativa SLT n.º 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.” (grifos não constam)

Nesse sentido, também os “pneus fora de estrada” e o óleo diesel utilizado no processo produtivo, assim considerado até o carregamento dos vagões, cujo crédito foi desconsiderado pelo Fisco se enquadram no conceito de produto intermediário definido pela Instrução Normativa SLT n.º 01/86 combinada com a Instrução Normativa n.º 01/01, uma vez que é fato incontroverso que os mesmos, apesar de não se integrarem o novo produto, são consumidos integralmente no curso da industrialização.

Importante ressalva deve ser feita com relação ao óleo diesel e aos “pneus fora de estrada”, pois este voto apenas considerada a parcela destes utilizada no processo produtivo, assim consideradas todas as atividades ligadas diretamente ao minério, produto final da Impugnante.

Esta ressalva é feita em virtude de que a perícia realizada destaca a utilização de óleo diesel e de pneus em veículos que não desenvolvem função ligada ao minério, tais como “motoniveladora” utilizada para “manutenção de estradas” (fl. 587) e “brucks” utilizados no “transporte de entulho e sucata” .

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesta condição estes produtos, embora não se integrem ao novo produto, são consumidos imediata e integralmente no curso de sua industrialização, se desgastando de forma integral e paulatina em razão das atividades produtivas da Impugnante, sendo, assim, passíveis de creditamento pela Defendente em sua escrita fiscal.

Diante do acima exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir além das parcelas já excluídas pela decisão majoritária, as exigências relativas a “pneu fora de estrada” e “lâmina do raspador de correia”, bem como o óleo diesel utilizado no processo produtivo, assim considerado até o carregamento dos vagões.

Sala das Sessões, 07 de outubro de 2010.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira