

É o que se dá, por exemplo, com o minério de cobre utilizado na obtenção do cobre. Depois da industrialização desaparece o minério (calcopirita, calcocita) e surge o metal (produto industrializado). Do produto mineral, passa-se ao produto industrializado.

Não importa que tal produto industrializado, o cobre, tenha sido obtido de substância mineral e muito menos importa que seja ele serrado, polido ou lapidado. Sendo produto industrializado, fica ele imune, desde então, ao imposto único e sujeito, a partir daí, ao IPI e ao ICM" (Revista de Direito Público n.º 13, pág. 185).

24. Todas essas diferenciações entre produto mineral bruto, produto mineral tratado e produto industrializado, estão, implicitamente, no texto constitucional de 1969, quando este, no seu art. 28, § 2.º, estabelece: "As indústrias consumidoras de minerais do País poderão abater o imposto a que se refere o item IX, do art. 21, do ICM e do IPI, na proporção de 90% e 10% respectivamente".

25. Tal como está redigido, o art. 26, § 2.º, da Carta Magna, evidencia que o legislador constituinte quis estabelecer diferenças fundamentais entre:

Empresas consumidoras de minerais do País

— Extração — Industrialização

Empresas não consumidoras de minerais do País

— Extração — Tratamento

As empresas consumidoras, "verbi gratia", contribuíam com o imposto único sobre o minério que extraíam de suas próprias jazidas e, como logo em seguida, o transformavam em ferro, vale dizer, em produto industrializado, sobre o metal obtido pagavam, também, IPI e ICM, pois o pagamento do imposto único só imuniza o produto de outra tributação enquanto ele se conserva produto mineral (art. 2.º, § 1.º, ns. I, II e III).

As empresas beneficiadoras extraem o minério ou o adquirem de terceiros e o revendem ou exportam, depois de submetê-los a simples processos de tratamento, processos e operações previstos na lei específica (art. 2.º, § 1.º, ns. I, II e III, do Decreto-lei n.º 1.038) e que não transformam o minério em produto industrializado."

(Idem, páginas 185-186, grifos meus).

7.6. Está claro nesses ensinamentos que o direito ao crédito só pode ser exercido em relação aos minerais que são efetivamente consumidos como matéria-prima ou como material secundário na obtenção de novos produtos. Em relação aos minerais revendidos, a posição da recorrente não é a de indústria consumidora de minerais, mas a de comerciante de minerais (ou a de empresa simplesmente beneficiadora de minerais). Deve, pois, a recorrente, nessas operações, observar as regras pertinentes à comercialização de minerais.

7.7. Como a incidência desse imposto é unifásica, exaure-se na primeira operação, não devendo ser repetida nas operações subsequentes. Contudo, se o adquirente for indus-

trial consumidor de minerais, o vendedor deve valer-se dos mecanismos previstos na legislação para transmitir-lhe indicação do valor do imposto único que incidiu sobre esses minerais, na origem, para efeito de exercício do direito previsto no mencionado § 2.º, do art. 26, da Constituição Federal.

7.8. Quando, porém, o consumidor do mineral não tiver oportunidade de valer-se do direito de abatimento previsto no citado dispositivo constitucional, quer porque a operação subsequente não seja fato gerador de IPI e de ICM, quer porque seja isenta daqueles impostos, não lhe assiste direito a qualquer outra forma de ressarcimento. O imposto considera-se definitivamente pago como, aliás, ocorre com qualquer tributo, uma vez exaurida a incidência.

7.9. Por consumidor de produtos minerais deve ser entendido tanto aquele que lhes dá destinação final, em estado natural (por exemplo, o emprego de produtos minerais em obras de construção: blocos de mármore, de granito, etc.), quanto aquele que utiliza o mineral, para obtenção de novos produtos. No primeiro caso não há qualquer direito ao crédito proporcional do imposto único pago na origem; no segundo caso, se o produto fabricado tiver suas saídas isentas de ICM (por exemplo: fertilizantes), também é inadmissível o crédito proporcional.

7.10. Conclui-se do exposto que não há qualquer eiva de ilegalidade no inc. II, do art. 40, do vigente Regulamento do ICM.

8. Quanto à invocação feita ao § 5.º, do art. 286, do citado Regulamento do ICM, não tem qualquer pertinência com a matéria em discussão. Ali não se exige estorno do ICM em relação às saídas de sucatas, porque tais operações são tributadas. Apenas o lançamento do imposto fica diferido para etapa posterior do ciclo de circulação. A exigência de estorno, pois, implicaria em cumulatividade do tributo.

9. De notar-se que há no processo notícia de que a recorrente fora alvo de procedimento fiscal idêntico a este, por parte do Fisco federal, no tocante à parcela de imposto único indevidamente abatida do IPI, tendo satisfeito os débitos exigidos.

10. Há procedência apenas em uma das alegações da recorrente. A situação fora comunicada ao Fisco em 17-10-73, que não lhe deu resposta. Dois anos depois foi lavrado o auto inicial.

10.1. É evidente que essa situação não se enquadra literalmente no art. 138, do Código Tributário Nacional, e no art. 493, do vigente Regulamento do ICM. Tais dispositivos cuidam da denúncia espontânea de infrações. No caso dos autos, o Contribuinte comunicou ao Fisco a prática de ato que entendia correto, mas que, em verdade, constitui infração.

10.2. Daí admitir-se a aplicação analógica daqueles dispositivos, o que, de resto, é praxe na Secretaria da Fazenda: nenhum contribuinte pode receber, como primeira resposta às suas comunicações, um auto de infração.

11. Um último esclarecimento: na primeira defesa a autuada alegara decadência do direito de a Fazenda Pública constituir créditos tributários relativamente a operações ocorridas no exercício de 1970. Por não ter sido reproduzida no recurso, ia-me esquecendo daquela preliminar.

11.1. Não procede a alegação. Com efeito, nos termos do art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional, o direito da Fazenda só se extingiria após decorridos cinco anos "contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado". Ora, o auto foi lavrado em 23-9-75, portanto, dentro da fluência daquele prazo.

11.2. No caso dos autos há, ainda, uma particularidade: o Contribuinte não vinha se valendo dos créditos ora impugnados. Posteriormente é que chegou à conclusão de que fazia jus a tais créditos. Assim é que, em 17-10-73, comunicou ao Fisco que estava efetuando a escrituração dos referidos créditos. Esse fato, a meu ver, deslocaria o início da fluência do prazo decadencial para 1.º-1-74. Mas isso é irrelevante no caso, uma vez que, como mostrei no item anterior, mesmo considerando-se como marco inicial o exercício de 1970, ainda assim não ocorrera a decadência.

12. Em face de todo o exposto, entendendo procedente a exigência fiscal, porém prematura a lavratura do auto, razão por que voto pela sua anulação por vício formal, com o que fica provido parcialmente o recurso.

12.1. A recorrente deve ser notificada a efetuar a reposição do tributo indevidamente creditado, com a multa moratória prevista no art. 79, da Lei n.º 9.590, de 30-12-66 (art. 161, do Regulamento respectivo), relativamente ao período anterior a 1.º-1-75; quanto ao período posterior, a reposição far-se-á com o acréscimo previsto no art. 87, da Lei n.º 440, de 23-9-74, e com o valor atualizado monetariamente, conforme dispõe o art. 88, da mesma Lei (arts. 553 e 554, do vigente Regulamento do ICM).

12.2. O descumprimento da notificação implicará na reinstauração do procedimento fiscal (art. 173, inc. II, do Código Tributário Nacional).

Sala das Sessões, em 20 de fevereiro de 1978.

a) Antônio Pinto da Silva, Relator.

RESUMO DA DECISÃO: Provido parcialmente o recurso para anular, por vício formal, o AIIM, devendo a recorrente ser notificada a efetuar a reposição do tributo indevidamente creditado, com a multa moratória prevista no art. 79, da Lei n.º 9.590/66, relativamente ao período anterior a 1-1-75; quanto ao período posterior, a reposição far-se-á com o acréscimo previsto no art. 87, da Lei n.º 440/74, e com o valor atualizado monetariamente, nos termos do art. 88, da mesma Lei, sendo que o descumprimento da notificação implicará na reinstauração do procedimento fiscal. Decisão unânime. 1.ª Câmara. Processo DRT-2 n.º 19/76