

A. I. Nº - 279196.0004/03-2
AUTUADO - BRASKEM S/A.
AUTUANTES - JORGE VITOR GRAVE e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 24/10/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-05/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAIS ADQUIRIDOS PARA USO E/OU CONSUMO PELO ESTABELECIMENTO. **b)** RELATIVO AO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DOS MESMOS MATERIAIS DO ITEM ANTERIOR. Este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Restou comprovado que os materiais foram empregados na construção de dutos utilizados para transporte de matéria prima adquiridas pelo estabelecimento autuado, os quais não tem vinculação ao processo produtivo. Infração subsistente. Auto Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/11/2004, exige ICMS no valor de R\$4.758.278,69, em razão das seguintes infrações:

1 - utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento – R\$2.122.901,78;

2- utilização indevida de crédito fiscal, relativo ao diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de material para uso e consumo do estabelecimento, equivocadamente classificado como ativo fixo – R\$2.653.376,91.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls.175/190 dos autos, inicialmente, descreveu o motivo da autuação.

Em seguida, alegou que comprovará de forma cabal que os supostos bens de uso e consumo objeto da autuação são, em verdade, equipamentos incorporados ao seu ativo imobilizado, uma vez que foram integralmente empregados na construção de dutos, cuja finalidade era efetuar a ligação entre a sua unidade industrial localizada no Pólo Petroquímico de Camaçari e o Porto de Aratu, situado no município de Candeias, de onde provém a sua principal matéria-prima, a nafta petroquímica.

Sustenta que por se tratar de bens incorporados ao seu ativo imobilizado no exercício de 2000, o direito a utilização dos créditos é irrestrito, haja vista que a Lei Complementar nº 102, de 11/07/2000, que restringiu tais direitos, passou a surtir efeitos apenas a partir de 2001

Prosseguindo em seu arrazoado, o autuado transcreveu o teor dos art. 20 e 33, I, da Lei Complementar nº 87/96, os quais tratam do direito ao crédito fiscal e diz que as restrições contidas na referida lei encontram-se reproduzida no art.93, V, “b”, do RICMS/97, cujo teor também reproduziu.

Às fls.178 a 180, o autuado transcreveu o teor do §5º e seus incisos I a VII, que foi acrescentado pela LC 102/00, bem como o do § 17º, seus incisos I a VII, do art.93, do RICMS/BA, os quais asseguram o direito ao crédito do ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo permanente.

Com relação à construção da dutovia entre o Pólo Petroquímico de Camaçari e o Porto de Aratu, esclarece que por ser uma empresa petroquímica, o seu processo produtivo tem início com a extração do petróleo. Diz que dentre outros produtos resultantes de sua industrialização, destaca-se a nafta, que é a matéria prima utilizada pela empresa. Na oportunidade, lista os produtos fabricados em sua unidade industrial.

Salienta que a PETROBRÁS apenas fornece parte da nafta consumida, enquanto outra é importada, cujo transporte é feito por meio de navios e desembarcada no Porto de Aratú. Aduz que antes da construção da dutovia, o transporte da nafta era feito por meio de dutos da PETROBRÁS, o que gerava um custo excessivo para a empresa.

Esclarece que a empresa, juntamente com a Dow Química do Nordeste Ltda, contrataram a firma Geral Engenharia Ltda., para elaboração do projeto e condução das obras, o que resultou na contratação da construção de três dutos (dois para transporte de nafta e um para o óleo combustível), conforme comprova a proposta técnica em anexo (doc.9).

Além do documento acima, o autuado também fez a juntada dos documentos de nºs 10 a 14 (fotografias tiradas durante os trabalhos de construção), para comprovar a implantação da dutovia, dizendo que os bens tidos pela fiscalização como de uso e consumo são, em verdade, equipamentos incorporados ao seu ativo imobilizado. Transcreve o teor do art.179, seu inciso IV, da Lei nº 6.404/76, o qual dispõe como deve ser efetuado o lançamento na contabilidade de bens adquiridos para manutenção das atividades da empresa.

Assevera, com base no dispositivo supra, que a dutovia é um bem incorporado ao ativo imobilizado da empresa.

Quanto à planilha elaborada pelos autuantes, onde listaram 6737 notas fiscais, disse que ao compará-la com a relação de equipamentos adquiridos para construção da dutovia, localizou, por ora, inúmeras coincidências. Em apoio ao seu argumento, o autuado elaborou seis planilhas (docs.15 a 20), onde estão discriminadas todas as notas fiscais de bens adquiridos para a dutovia e também indicadas nas planilhas de autoria dos autuantes.

Às fls.183 a 184, o autuado se reportou a alguns fornecedores dos produtos empregados na construção da dutovia, oportunidade em que fez a juntada de diversos documentos, dizendo que diante do elevado número de notas fiscais listadas na planilha de autoria dos autuantes, não teve tempo suficiente para concluir o trabalho de comparação, o que será feito paulatinamente.

Requer a realização de perícia, com base no art. 49, do RPAF/99 e formulou às fls.185/186 os quesitos a serem respondidos.

Continuando em sua peça defensiva, o autuado alegou a inconstitucionalidade e ilegalidade da restrição a créditos de ICMS na aquisição de bens de uso e consumo, com base no art.155, § 2º, II, “a” e “b”, da Constituição Federal, cujo teor transcreveu, além de citar entendimento de autor que indica, bem como de decisão do STF sobre o assunto.

Ao finalizar, requer o julgamento totalmente improcedente do Auto de Infração.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal (fls.566/574), fizeram, inicialmente, um resumo das alegações defensivas.

Sobre a defesa formulada pelo sujeito passivo, assim se manifestaram para contraditá-la:

1. quanto aos questionamentos do autuado de ordem constitucional, esclarecem que a natureza administrativa do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia não permite a discussão de tal matéria, cuja atribuição é própria dos órgãos jurisdicionais. Ressaltam que a limitação, via Lei Complementar, do direito ao creditamento integral do ICMS pela aquisição de qualquer produto ou serviço tem amparo na própria Constituição Federal em seu art.146, III, “b”, o qual delega à LC

o estabelecimento de regras sobre”...; lançamento, crédito, prescrição...”. Acrescentam que, dessa forma, a LC 87/96 e suas alterações atendem plenamente aos anseios do legislador constituinte. Transcrevem decisão do STF sobre o tema em apoio ao seu argumento;

2. no tocante ao pedido de conversão do processo em diligência e de perícia contábil, aduzem que as mesmas são cabíveis, mas, não de forma aleatória. Sustentam que no caso em discussão não justifica qualquer pretensão de conversão do PAF em diligência, já que não há divergência entre as questões postas pela defesa e o seu posicionamento, e que a prova a ser produzida passa a ser de natureza documental. Com relação aos questionamentos propostos pelo autuado, dizem que perde totalmente o seu objeto, já que inexistente qualquer controvérsia, pois, em nenhum momento discordaram de que a nafta é matéria-prima utilizada no processo produtivo; de que a mesma é importada; de que é transportada de Candeias até Camaçari; que existem controles sobre a documentação das mercadorias e serviços adquiridos na construção da dutovia, cujas aquisições ocorreram no exercício de 2000 e, por fim, que as mesmas foram contabilizadas como ativo pelo autuado. Aduzem ser desnecessária a realização de diligência, entendendo que a documentação acostada aos autos é suficiente para formação da convicção dos julgadores;

3. sobre a preclusão cumulativa e a revelia, disseram que o RPAF estabelece que após a ciência do lançamento de ofício o autuado dispõe do prazo de 30 (trinta) dias para quitar ou impugnar a autuação e que no presente caso houve impugnação parcial, exatamente no trigésimo dia do prazo, consumando sua resposta. Frisam que com a apresentação da defesa o autuado praticou um dos atos a que teria direito como resposta ao lançamento contra si efetivado, ocorrendo a preclusão consumativa. Quanto às notas fiscais em que não houve impugnação específica por parte do autuado, esclarecem que ocorreu a revelia, na forma do art.319 c/c o art.333, II, do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF;

4. quanto ao questionamento do autuado, em que trouxe aos autos o “doc.8-A” como sendo a planilha anexa ao Auto de Infração, dizem que o Anexo 1 do Auto de Infração corresponde às fls.06 a 160, do qual foi entregue cópia ao preposto do autuado, e que o referido documento não retrata a realidade dos fatos, devendo, em função disso, ser riscado do PAF.

5. com relação ao conceito de estabelecimento na legislação do ICMS, argumentam que qualquer visitante que chegue ao estabelecimento autuado, local onde foi processada a ação fiscal, tem que passar, inicialmente, pela Portaria, onde é feita a identificação. Quanto às mercadorias que chegam através de transporte rodoviário também passam pela portaria, onde são conferidas antes da entrada no estabelecimento. Já nas situações em que à mercadoria chega através de dutos (dutovia) dizem que existe uma “Portaria” onde é processada a medição, a qual leva o nome de limite de bateria. Argumentam ser desnecessário grande esforço para concluir que os dutos que se situam além do limite da bateria, ou seja, de Candeias (Porto de Aratu) a Camaçari (Pólo Petroquímico, não fazem parte do estabelecimento autuado, tratando-se, portanto, de outro estabelecimento, pertencente ao mesmo titular, que deveria ter inscrição autônoma, segundo a legislação do ICMS. Exemplificam uma situação relacionada a tancagem para armazenamento de produtos fora do estabelecimento de qualquer contribuinte, oportunidade em que disseram não haver qualquer impedimento na legislação quanto a tal procedimento, mas que no entanto, é obrigatória a inscrição no cadastro de contribuintes, por serem os estabelecimento autônomos, apesar da mesma titularidade.

Às fls.569/570, os autuantes transcreveram o teor do art.2º, V, do RICMS/97, bem como do art.14, seus §§ 1º, 2º e 3º e 4º, XI, da Lei nº 7.014/96 os quais tratam da incidência do imposto na prestação de serviço de transporte, da definição de estabelecimento e da ocorrência do fato gerador do imposto.

Com base nos dispositivos supra, os autuantes entendem que há um estabelecimento autônomo do autuado em Candeias, que deveria ter inscrição distinta do localizado em Camaçari.

6. no tocante ao mérito da autuação, os autuantes disseram que será abordado em duas etapas: a primeira relacionada com as notas fiscais em que não houve impugnação específica; a segunda, onde a defesa listou as notas fiscais das mercadorias empregadas na construção da dutovia.

Aduzem que com a edição da Lei Complementar nº 87/96, houve uma tendência de grade parte dos contribuintes em enquadrar como ativo imobilizado, muitas das mercadorias adquiridas para uso/consumo do estabelecimento.

De acordo com os autuantes, o autuado trouxe em sua defesa um considerável arrazoado de natureza constitucional, na tentativa de justificar a classificação no ativo imobilizado das mercadorias cujos créditos foram glosados. Sobre a matéria, esclarecem que a legislação do ICMS deste Estado não obriga o contribuinte, independente de sua qualificação empresarial, a sujeitar-se a este ou aquele sistema contábil, portanto, pode eleger àquele que melhor atenda as suas necessidades.

Argumentam que a maioria das notas fiscais objeto da autuação não foi impugnada especificamente na contestação, oportunidade em que discorreram sobre os questionamentos do autuado quanto à inconstitucionalidade da limitação dos créditos fiscais na aquisição de material de uso e consumo.

Salienta ter ocorrido à revelia em relação às notas fiscais sem impugnação específica, as quais estão assinaladas na cor verde cana no Anexo I do Auto de Infração, para a visualização dos julgadores.

Quanto às notas fiscais empregadas na construção da tubovia, em que o autuado anexou planilhas, os autuantes disseram que não negam a existência da mesma, tampouco em relação aos materiais empregados, no entanto, aduzem que por serem estabelecimentos distintos, os créditos fiscais a eles relacionados não poderiam ser apropriados pela empresa, e sim por outro estabelecimento com inscrição distinta.

Às fls.571/572 os autuantes abriram um “parêntese” para explicar o enquadramento da infração sobre óticas diferentes, oportunidade em que transcreveram o teor de uma Ementa deste CONSEF, bem como de decisões do Tribunal de Justiça deste Estado e do STF, sobre a vedação do crédito na aquisição de material de consumo.

Ao concluírem, requereram o julgamento procedente do Auto de Infração.

Em nova intervenção às fls.577/87, o autuado fez, inicialmente, um retrospecto de suas alegações defensivas, bem como um resumo dos argumentos apresentados pelos autuantes na informação fiscal prestada.

Em seguida, assim se manifestou com relação à informação fiscal prestada pelos autuantes:

1. sobre a afirmativa dos autuantes de que no âmbito administrativo não caberia a discussão de questões constitucionais, esclarece que o órgão administrativo possui atribuição suficiente para deixar de aplicar norma inconstitucional ou ilegal contida no ordenamento positivo ao caso concreto. Em apoio ao seu argumento, o autuado transcreveu trechos de uma decisão do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de S. Paulo, bem como de outra do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

Argumenta que a alegação dos autuantes não merece prosperar, haja vista que na impugnação ao lançamento foi citada em sua defesa uma decisão relativa ao Recurso Extraordinário nº 161.031/MG, também do STF, que entendeu de forma diversa idêntica matéria. Conclui que a questão não é pacificada na jurisprudência dos Tribunais Superiores, ao contrário do que pretende fazer crer os prepostos fiscais.

2. quanto à alegação dos autuantes de ser desnecessária a conversão do processo em diligência, esclarece que deixou claro em sua defesa a sua necessidade, a fim de demonstrar que os materiais adquiridos e objeto da autuação foram empregados integralmente na construção dos dutos que fazem a ligação entre o seu estabelecimento e o Porto de Aratu, onde a nafta importada é desembarcada;

3. acerca da alegação de revelia por parte dos autuantes, esclarece que deixou bem claro em sua defesa, especialmente nos itens 21 a 27, que todos os documentos elaborados estavam sendo juntados a título ilustrativo, haja vista que o prazo de trinta dias para apresentação da impugnação não é suficiente para contatar com os principais fornecedores dos materiais utilizados na construção dos dutos. Argumenta haver se defendido da acusação fiscal como um todo, razão pela qual não há que se falar em revelia;

4. no tocante ao argumento dos autuantes segundo a qual os dutos construídos extrapolam os limites físicos do seu estabelecimento e que, em verdade, se trata de outro estabelecimento da empresa, diz não prosperar. Afirma que os dutos construídos são fundamentais para a prática de suas atividades, haja vista que traz do Porto de Aratu a nafta importada. Esclarece que sem os dutos, dependeria da PETROBRÁS para que a matéria-prima fosse transportada até o seu estabelecimento, o que geraria custos excessivos a empresa, fato que motivou a construir os seus próprios dutos. Assevera que os dutos não se constituem em outro estabelecimento da empresa, mas, parte integrante da sede localizada no Pólo Petroquímico de Camaçari. Acrescenta que não há dúvidas de que o material utilizado na sua construção foi integrado ao seu ativo fixo, situação que possibilita a apropriação do crédito fiscal nos termos do art.33, III, da LC 87/96, em seu texto original vigente até 1º/1/2001.

Ao concluir, disse reiterar os termos de sua defesa para que:

(I) seja o PAF convertido em diligência, na forma dos quesitos aplicados;

(II) a exigência fiscal seja julgada improcedente.

O PAF foi submetido a pauta suplementar por proposta do relator da 4ª JF, sendo decidido pela sua conversão em diligência a IFEP-Metro, para que auditor fiscal a ser designado atendesse o solicitado a fl.593.

Em cumprimento a diligência, a auditora incumbida de sua realização, transcreveu, inicialmente, o que foi solicitado pelo relator.

Em seguida, assim se manifestou:

a) em relação à primeira solicitação, disse que anexou ao PAF às fls.598 a 642 o contrato firmado entre a Braskem e a Geral Engenharia;

b) no tocante à segunda questão, assim respondeu: “Considerando que a dutovia foi construída em 2000, logo, toda a estrutura para a implantação da obra foi desmontada; é preponderantemente subterrânea e que pela própria natureza dos materiais relacionados no Anexo I do auto de infração, sabemos tratar-se de materiais a serem aplicados na construção de uma tubovia, julgamos desnecessária a inspeção à tubovia”.

“Da análise do contrato, constatamos que alguns dos materiais foram fornecidos pelo autuado, enquanto outros foram de responsabilidade da Geral Engenharia”, oportunidade em que transcreveu o teor dos itens 3.4 e 4.5 de suas. Cláusulas Terceira e Quarta do contrato acima mencionado;

c) quanto à terceira solicitação, esclareceu que: “Para construção e montagem de uma tubovia, temos os materiais diretos e os indiretos. Os materiais diretos são aplicados diretamente na construção, já os indiretos são àqueles destinados à utilização no desenvolvimento das atividades

inerentes à construção da tubovia ou ao seu posterior funcionamento, Podemos citar como exemplo os monitores, gravadores de CD, impressora laser, microcomputador, televisor, freezer, etc. que foram utilizados no canteiro de obras, onde ficava a parte de apoio administrativo e os que existem na área de apoio estabelecida dentro da Dow Química”.

“Admitindo que todos os materiais foram devidamente aplicados na tubovia, seja para sua construção como para seu funcionamento, não será elaborado demonstrativo do débito do imposto remanescente para a infração”.

Em novo pronunciamento às fls.649/651 dos autos, o autuado, inicialmente, reproduziu parte dos argumentos apresentados em sua impugnação inicial ao lançamento, bem como transcreveu o teor de algumas considerações da diligente em seu relatório.

Argumenta, com base no relatório da diligente, inexistir dúvidas de que os bens adquiridos pela empresa e objeto da autuação foram empregados na construção dos dutos que leva a nafta importada do Porto de Aratu até o Pólo Petroquímico de Camaçari e que por ser parte integrante do estabelecimento autuado, o direito ao crédito fiscal é assegurado pelo art.33, III, da LC 87/96.

Ao finalizar, diz reiterar os termos de sua defesa e que a exigência fiscal seja julgada improcedente.

Os autuantes voltam a se manifestar às fls.654/656, dizendo que a discussão empreendida pelo autuado e pela diligência, diz respeito ao direito aos créditos dos materiais empregados na construção da tubovia. Porém ressaltam que não se opõem ao direito ao referido crédito, chamando atenção para a atividade fim do autuado e a utilização da dutovia como meio de transporte. Aduzem que a atividade fim do autuado é a transformação de derivados de petróleo, e que a atividade de transporte de mercadorias, apesar de não ser vedada ao sujeito passivo, deve ser regulamentada. Argumentam que não é do cerne da questão a verificação da utilização dos produtos autuados na construção da tubovia. Entendem que não poderia o autuado creditar-se dos referidos valores do imposto em função da necessidade de ter sido realizada uma inscrição para outro estabelecimento. Dizem que na diligência procedida foi informado que parte do material aplicado na dutovia foi adquirido pela Geral Engenharia, e que o autuado não tem direito aos créditos adquiridos pela empreiteira. Questionam ainda os materiais indiretos aplicados e citados pela diligente, a exemplo de vídeo cassete, freezer, etc, dizendo ser justo dar conforto aos trabalhadores, porém ser descabido haver repercussão tributária com prejuízos para o Estado. Pedem esclarecimento sobre o material remanescente que ficou na Dow Química. Voltam a afirmar que ocorreu a preclusão consumativa para apresentação de nova peça de defesa, ao passo que requerem a declaração da revelia em relação às notas fiscais em que não houve impugnação específica. Ao final, reiteram o pedido de procedência do Auto de Infração.

A 4ª JJF novamente decidiu converter o presente processo em diligência a IFEP-Metro, para que auditor fiscal a ser designado atendesse o solicitado a fl.668.

Em cumprimento ao novo pedido de diligência, a auditora incumbida de sua realização, assim se manifestou (fls.665/667):

Quanto à diligência solicitada à página 660 do presente processo, tenho a informar que em 14/06/2005 visitei o estabelecimento da empresa acima identificada com vistas a encaminhar intimação para apresentação das notas fiscais de simples remessa referentes ao fornecimento dos materiais de sua responsabilidade constantes do item 6.2 do Anexo I do Contrato 3415/00 firmado em 09/10/2000 com a Geral Engenharia para construção e montagem da tubovia que liga o Porto de Aratu à BRASKEM (antiga COPENE) para transportar matérias-primas petroquímicas (MP1 e MP2) e óleo combustível (OCC).

O relator alega que ao fazer a leitura do contrato da empreitada apresentado após a primeira diligência, verificou que no mesmo consta como data de assinatura entre as partes envolvidas o dia 09/10/2000, sem especificar, em nenhuma das suas cláusulas, a data do início dos trabalhos.

Diante da constatação, o relator acredita que se pode depreender que os materiais adquiridos antes da assinatura do Contrato não se destinaram à construção da dutovia e quanto às demais aquisições, efetuadas após a data da assinatura, o autuado também afirma que foram aplicados na construção da dutovia, mas não fez a juntada de nenhuma prova de que os mesmos foram remetidos ao canteiro de obras.

Tendo em vista os fatos acima, foi solicitada uma segunda diligência.

Quanto à solicitação das providências a serem adotadas, tenho a fazer as seguintes considerações:

- I. intimar o autuado para comprovar mediante notas fiscais de simples remessa o envio dos materiais descritos no item 6.2 do Anexo 1 do Contrato de empreitada (fl. 636), os quais são de sua responsabilidade o seu fornecimento.*

A Braskem apresentou notas fiscais referentes às remessas de mercadorias para a Geral Engenharia (cópia em anexo). As notas foram emitidas com CFOP 599 e natureza da operação “outras saídas não especificadas” com destaque de imposto. No corpo das notas consta: “Mat. de propriedade COPENE que segue para utilização na obra da Naftaduto” ou “Mat. segue utilização na obra da Naftaduto ligação PETROBRÁS COPENE”.

- II. elaborar um demonstrativo mensal dos materiais efetivamente aplicados na construção da dutovia, bem como os valores dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais de compras a que faz jus o autuado.*

Os atuantes afirmam na informação fiscal (pág. 567):

“Os atuantes em momento algum duvidaram, nem duvidam: que a nafta é matéria-prima no processo produtivo da autuada; que a autuada importa nafta; que a nafta importada é transportada de Candeias até Camaçari por meio de tubovia; que existem controles sobre a documentação das mercadorias e serviços adquiridos na construção da tubovia; que essas aquisições se deram no exercício de 2000 e que, por fim, estas aquisições estão contabilizadas como ativo pela autuada”.

Cabe ressaltar que a construção de uma tubovia pela sua própria natureza exige que a aquisição dos materiais a serem aplicados na sua construção seja efetuada com um determinado prazo de antecedência para que seja possível cumprir o planejamento da obra, uma vez que estes são bastante específicos, não sendo disponibilizados no mercado para entrega imediata.

Foram elaborados os seguintes demonstrativos:

Demonstrativo 1 – Relação mensal das notas fiscais de compras (total das operações) efetuadas antes da data da assinatura do contrato (até 08/10/2000). Construído com base no demonstrativo elaborado pelos atuantes (disquete com planilha do Anexo 01) e apensado ao processo (pág. 589);

Demonstrativo 2 - Relação mensal das notas fiscais de compras (total das operações) efetuadas a partir da data da assinatura do contrato (09/10/2000). Construído com base no demonstrativo elaborado pelos atuantes (disquete com planilha do Anexo 01) e apensado ao processo (pág. 589);

Na página 183 do processo, o autuado esclarece:

“22. Com base nisso, a Requerente foi capaz de, por ora, preparar outras 6 planilhas (docs. 15 a 20), nas quais estão discriminadas todas as Notas Fiscais de bens adquiridos para a dutovia que também foram apontadas na planilha adotada pela Fiscalização Estadual. Com efeito, nas anexas planilhas estão destacadas em amarelo todas as Notas Fiscais de equipamentos fornecidos pelas empresas CONFAB Industrial S.A.(“CONFAB”), BRASTUBO Construções Metálicas S.A (“BRASTUBO”), AÇOTUBO Indústria e Comércio Ltda. (“AÇOTUBO”), TECVAL S.A. Válvulas Industriais (“TECVAL”), CALDEX Conexões e Equipamentos Ltda. (“CALDEX”) e CARBINOX Indústria e Comércio Ltda. (“CARBINOX”) que foram empregados na construção da dutovia e que foram utilizadas pela Fiscalização Estadual para lavrar a autuação.”

Foram elaborados os seguintes demonstrativos:

Demonstrativo 3 – Relação mensal das notas fiscais de compras constantes das planilhas elaboradas pelo autuado (docs. 15 a 20 – páginas 488 a 527), destacadas na cor amarela, referentes aos equipamentos adquiridos para a construção da tubovia fornecidos pelas empresas CONFAB, BRASTUBO, AÇOTUBO, TECVAL, CALDEX e CARBINOX;

Demonstrativo 4 - Relação mensal das notas fiscais de compras constantes das planilhas elaboradas pelo autuado (docs. 15 a 20 – páginas 488 a 527) e que não estão destacadas na cor amarela.

Os arquivos apresentados em disquete referentes aos demonstrativos 1, 2, 3 e 4 estão autenticados e os recibos estão anexados ao processo.

Os autuantes voltam a se manifestar às fls.676/678, dizendo que os demonstrativos 03 e 04 elaborados pela diligente podem apresentar incongruências, já que foram feitos com base nas planilhas apensadas pelo autuado. Acrescentam que o doc. 8 –A anexado pelo autuado, datado de 16/09/04, foi impugnado pelos autuantes, em virtude dos valores divergirem em alguns meses dos consignados no Anexo 1, datado de 22/11/04. Aduzem também que duas cópias de notas fiscais de remessa de material para obra, anexados pela diligente, referem-se ao exercício de 2001, sendo que a autuação é relativa ao exercício de 2000. Ressaltam que tais notas fiscais se referem a obra “naftaduto – ligação Petrobrás x Copene, não guardando relação com a presente autuação. Voltam a pedir esclarecimentos sobre os produtos que ficaram na Dow Química. Ao final, reiteram o pedido de procedência do Auto de Infração.

O autuado em nova manifestação às fls.680/683, inicialmente faz um retrospecto das manifestações apresentadas pela defesa, pelos autuantes e pelo diligente.

Diz que a última diligência confirma que o autuado entregou todos os documentos fiscais necessários. Entende que a diligente também comprova a procedência de suas alegações. Ressalta que não há qualquer relação entre a data em que foi celebrado o contrato para a construção da dutovia (09/10/00), e o direito ao crédito integral do ICMS sobre os bens adquiridos pela requerente. Explica que planejando construir a dutovia, começou a adquirir os bens necessários para construção com meses de antecedência. Ratificando que a celebração do contrato com a empresa construtora não é condição para o creditamento do imposto, entende ter direito ao crédito fiscal correspondente a todas as aquisições feitas visando à construção da dutovia, não importando se feita meses antes ou meses depois da celebração do contrato. Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que não cabe a este fórum discutir a inconstitucionalidade da legislação estadual, a teor do que determina o art.167, I, do RPAF/99.

O presente processo exige ICMS, sob alegação de utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, bem como relativo ao diferencial de alíquotas nas aquisições dos referidos materiais.

Da análise dos elementos constitutivos do PAF, entendo não restar dúvidas de que as mercadorias em questão efetivamente foram empregadas na construção de dutos, cuja finalidade é efetuar a ligação entre a unidade industrial do autuado, localizado no Pólo Petroquímico de Camaçari, e o Porto de Aratu, situado no município de Candeias.

Em que pese às diversas controvérsias existentes nos autos, entre os entendimentos expostos pelos autuantes e pelo autuado, aliado as duas informações prestadas por fiscal estranho ao feito, a pedido do primeiro relator deste processo, penso que o cerne da questão não se prende a data de assinatura do contrato para execução da obra, nem a necessidade de inscrição estadual para dutovia por considerá-la um estabelecimento autônomo, ou mesmo a eventual preclusão cumulativa e revelia de parte do débito apurado.

Ocorre que o ICMS é um imposto não cumulativo, e como o próprio autuado suscitou em sua defesa, o art. 155, §2º, II, “a” e “b”, da C.F., define que a isenção ou não incidência do imposto, não implicará em crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Verificando o que dispõe o art.97, IV, “c” e §2º, I, do RICMS/97, temos que é vedado ao contribuinte, creditar-se do imposto relativo à aquisição de mercadorias quando a operação de aquisição ou a prestação se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. Presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito ao crédito, dentre outras situações, os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação.

Da dicção dos dispositivos legais acima citados podemos concluir que para o contribuinte ter direito ao crédito fiscal relativo às aquisições das mercadorias que foram incorporadas ao seu ativo imobilizado, no caso específico, a construção das dutovias, é necessário que tais dutovias estejam diretamente ligadas à execução de operações tributadas pelo ICMS.

Conforme informado pelo próprio autuado, e também com base nos contratos anexados ao processo, verifica-se que as dutovias em questão destinam-se exclusivamente ao transporte de matérias-primas (nafta e óleo combustível) do Porto de Aratu em Candeias, para sua unidade industrial no Pólo Petroquímico de Camaçari.

Portanto, trata-se de carga própria em veículo do próprio contribuinte, isento do ICMS, relativo a prestação de serviço de transporte, com base no que dispõe art. 8º, I, do RICMS/97.

O próprio autuado argumentou em sua peça defensiva que a construção de sua própria dutovia teve a finalidade de permitir um transporte eficiente, seguro e barato, reduzindo seus custos.

Ora, se os créditos fiscais em questão foram oriundos exclusivamente de aquisições de mercadorias utilizadas na construção dos dutos e que se incorporaram à sua estrutura, dutos estes que por sua vez não têm vinculação direta com o processo de fabricação do estabelecimento, efetuando, tão somente, um transporte isento de ICMS (carga própria em veículo próprio), entendo que pelo próprio conceito da não cumulatividade do imposto, não há como o autuado ter direito aos mencionados créditos.

Ressalto que os referidos dutos são utilizados apenas nas entradas de matérias primas adquiridas pelo sujeito passivo, não sendo utilizados na comercialização dos produtos por ele produzidos em sua fábrica.

Por outro lado, considerando, ainda, a própria afirmação do autuado de que “os dutos não se constituem em outro estabelecimento da empresa, mas parte integrante da sede, localizada no Pólo Petroquímico de Camaçari”, entendo que os referidos dutos devem ter o mesmo tratamento tributário dado à construção ou ampliação da sede da empresa, ou seja, os materiais de construção integrados ao estabelecimento por natureza – o imóvel, passam da condição de bens móveis para a de imóveis por acessão física, e pelo que dispõe o art.97, § 2º, inciso III, do RICMS/97, tais imóveis presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito.

Destaco, por fim, que como o autuado também se creditou do imposto relativo ao diferencial de alíquota nas aquisições das mercadorias em exame, também foi correto o procedimento fiscal ao exigir o crédito fiscal indevidamente utilizado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279196.0004/03-2**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **RS\$4.758.278,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR