

PROCESSO	- A. I. Nº 206886.0011/05-4
RECORRENTE	- CCB-CIMPOR DE CIMENTOS DO BRASIL (CIA DE CIMENTOS DO BRASIL)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0282-04/06
ORIGEM	- IFEP – DAT/NORTE
INTERNET	- 15/06/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0184-11/07

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. É vedada a utilização de créditos fiscais relativos a materiais de construção, aplicados na obra, pois, à luz da legislação do ICMS, não geram direito a crédito, haja vista serem bens imóveis por acessão física que não estão vinculados à atividade da empresa, mas sim, à construção do prédio onde vão ser realizadas as suas atividades. Infração subsistente. Razões recursais incapazes de modificar a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida. Indeferido o pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 4ª JJF – Acórdão JJF nº. 0282-04/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual foi lavrado para exigir o ICMS, no montante de R\$ 498.224,03, decorrente da utilização indevida de crédito fiscal sobre materiais adquiridos para serem integrados à obra de ampliação da unidade fabril, realizada nos exercícios de 2001 a 2004.

A Decisão recorrida, preliminarmente, consignou que exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração sobre a argüição de constitucionalidade da cobrança, como também rechaçou a nulidade suscitada de cerceamento ao direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo entendeu corretamente a infração, a qual se encontra corretamente descrita, assim como indeferiu o pedido de diligência, pois entende que não existe nenhuma dúvida em relação aos tipos de materiais empregados na obra de construção civil de ampliação do parque fabril do autuado.

No mérito, destaca que o autuado entende que tem direito a utilização do crédito fiscal dos materiais empregados ao imóvel por acessão física, na ampliação de sua unidade fabril, obra diretamente ligada a atividade do estabelecimento. Sustenta que ao se analisar em conjuntos, os diversos incisos do artigo 97 do RICMS, verificam-se que só é vedado o crédito em caso de imóveis por acessão física, quando estes forem alheios à atividade do estabelecimento.

Discordam os membros da JJF do entendimento do autuado, cuja interpretação da legislação eles consideram equivocada, já que, à luz do art. 97, IV, “c”, do RICMS/BA, os materiais utilizados na construção de imóveis são considerados imóveis por acessão física e, portanto, não geram crédito na sua aquisição, vedando expressamente ao adquirente o direito ao crédito, já que tais imóveis são considerados alheios à atividade do estabelecimento. Concluem pela procedência da exigência.

Inconformado com a Decisão proferida o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 607 a 645 dos autos, onde, inicialmente, aduz que se dedica à atividade de industrialização e comercialização de cimento e, em seguida, reitera as seguintes razões sobre a preliminar de nulidade:

1. Por entender que não merecem prosperar os fundamentos da Decisão recorrida, já que a peça acusatória padece de nulidade, uma vez que, nos termos do art. 18 do RPAF, o lançamento é

um ato formal que deve ser praticado com observância dos requisitos previstos na legislação, ou seja, o Auto de Infração deve descrever minuciosamente os fatos ou os documentos que ensejaram a autuação, bem como o modo como foi apurado o montante ali exigido do contribuinte, especificando a origem do crédito tributário lançado, como também indicar com precisão o dispositivo legal violado, descrevendo a infração cometida, dando assim o correto enquadramento legal para aquela situação.

2. Sustenta que a peça acusatória é extremamente confusa, já que não há correspondência entre a infração indicada como cometida e o enquadramento legal atribuído à mesma, uma vez que o autuante apontou o inciso XII do art. 97 do RICMS como supostamente afrontado, o qual não se refere à vedação ao creditamento do ICMS nos casos de aquisição de materiais que se constituam imóveis por acesso física, se reportando, na verdade, à proibição do creditamento do imposto decorrente das aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado quando da sua alienação e quando as operações subsequentes são isentas ou não tributadas. Ressalta que tal equívoco dificultou sobremaneira a defesa do recorrente, que ficou impossibilitada de identificar, com clareza, a acusação contra a qual se defender, comprometendo suas razões defensivas, as quais se basearam em presunções e suposições.
3. Ressalta que não há qualquer referência nos demonstrativos do crédito tributário lançado, anexados ao Auto de Infração, às notas fiscais que ensejaram o crédito fiscal glosado, impossibilitando de identificar a verdadeira natureza das operações realizadas no período de 2001 a 2003, visto que não lhe foram dados Recursos suficientes para contraditar a autuação.
4. Entende que, muito embora tenham sido juntados tais demonstrativos, em sede de diligência, tal fato não é suficiente para suprir a ausência documental acostada, nem mesmo para sanar a nulidade apontada, vez que tais demonstrativos deveriam ter sido elaborados juntamente com o Auto de Infração, a fim de não só evidenciar a origem do crédito fiscal glosado no período de 2001/2003, mas também para relacioná-los à suposta infração cometida no exercício de 2004. Assim, sustenta que a nulidade em questão só poderá ser sanada pela lavratura de um novo Auto de Infração ou de termo complementar, contendo demonstrativo elaborado para este fim.
5. Defende ser irrelevante o fato de ter sido reaberto prazo para apresentação de defesa, já que o que interessa é confecção de um demonstrativo compatível com as peculiaridades do caso em apreço, não bastando a juntada de memória de cálculo relativa a outro processo administrativo.

No mérito, aduz que a legislação concede o direito ao creditamento do ICMS nas aquisições de materiais de construção destinados à construção de imóveis por acesso física, integrados ao seu ativo imobilizado, bem como dos respectivos serviços de transporte.

Invoca o art. 19 da Lei Complementar nº 87/96 para demonstrar o princípio constitucional da não cumulatividade, logo a referida lei complementar dispõe de maneira expressa acerca do direito do contribuinte de compensar o imposto cobrado nas operações anteriores com o imposto devido em cada operação de circulação de mercadorias. Cita também o art. 20, no qual explicitou ainda o direito ao crédito do ICMS em relação às aquisições de mercadorias ou serviços para integrar o ativo imobilizado do estabelecimento, restringindo o creditamento em relação às aquisições de mercadorias e às prestações de serviços alheios à atividade fim do estabelecimento, o que foi seguido nos artigos 93, V, “a”, e 97, IV, “c”, do RICMS/BA.

Destaca que o RICMS traçou uma presunção relativa, acerca de quais operações poderiam ser consideradas como alheias à atividade do estabelecimento, permitindo o creditamento nas hipóteses em que o contribuinte comprovar que as aquisições relacionam-se às atividades por ele desenvolvidas no seu estabelecimento. Logo, o § 2º do art. 97 do RICMS possibilita que as aquisições de mercadorias que destinarem à construção de imóveis por acesso física, geram direito a crédito, desde que estes tenham sido empregados na atividade fim do estabelecimento.

Nesta perspectiva, os diversos materiais que foram adquiridos pelo recorrente destinaram-se a implementar projeto de ampliação do parque fabril, sendo imprescindíveis à realização das

obras, empregados nas construções, tais como: brita, gravilhões, material elétrico, material hidráulico, placas premoldadas, soleiras, cabos, canaletes, pisos, telas para pisos, inversores de freqüência, chapas para revestimento, elementos de torres, etc., todos descritos no Anexo “Demonstrativos das Exclusões do Livro CIAP (crédito Indevido)”, relativo ao outro Auto de Infração, de nº. 206886.007/04/9, lavrado contra o recorrente, e juntado tardivamente aos presentes autos pelo autuante.

Assim, sustenta que se tratam de materiais de construção utilizados em projetos ligados intrinsecamente à atividade primaz desenvolvida pelo recorrente.

Por fim, entende imperiosa a realização de diligência para se constatar a intrínseca relação entre os imóveis por acesso física, erigidos com as mercadorias e serviços adquiridos pelo recorrente, com as atividades fins por ele desempenhadas.

Também ressalta que não alegou, em momento algum, a constitucionalidade da legislação baiana de regência do ICMS, como equivocadamente entendeu a 4ª JJF, mas, sim, que a Constituição Federal admite o direito a crédito irrestrito do ICMS.

Assim, requer a nulidade do Auto de Infração, em virtude da ausência de requisitos essenciais, e, caso não reconhecida, a improcedência do Auto de Infração.

Em seu Parecer, às fls. 651 a 656 dos autos, a PGE/PROFIS opina pela manutenção da autuação, não obstante a inspirada peça de Recurso Voluntário apresentada pelo recorrente e toda lógica doutrinária apresentada, na construção de sua tese defensiva, pois a matéria em comento já fora objeto de análise do CONSEF em vários julgamentos anteriores, inclusive esgotando-se todas as instâncias do Tribunal Administrativo, que firmou o seu posicionamento final e pacífico no sentido de vedar o aludido creditamento, do que transcreve o Acórdão CS nº. 0075-21/02.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo recorrente de que teve seu direito de defesa prejudicado, uma vez que discordo do seu entendimento de que é irrelevante o fato de ter sido reaberto prazo para apresentação de defesa. A reabertura do referido prazo com o fornecimento das cópias ao contribuinte de todos demonstrativos, anexados aos autos pelo autuante, possibilitou ao recorrente todas as condições para o perfeito entendimento do que estava sendo acusado, cuja compreensão restou demonstrada em suas intervenções ao processo, tanto na impugnação ao Auto de Infração, como no Recurso Voluntário, cujas razões se repetem, como se pode observar do teor de suas manifestações, ao evidenciar pleno conhecimento do que estava sendo imputado, principalmente quando sustenta que os diversos materiais, por ele relacionados (fl. 106), foram aplicados em obras de ampliação e benfeitorias da própria fábrica e que a glosa de tais créditos não encontra respaldo no art. 97, IV, “c”, c/c § 2º, III, do RICMS/BA, por defender que os imóveis por acesso física estão relacionados à atividade fim do estabelecimento.

Por outro lado, a acusação fiscal é de que o sujeito passivo “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento”, sendo consignado ainda que “Refere-se ao creditamento no exercício de 2004 das parcelas mensais de 1/48 dos créditos acumulados do livro CIAP, maior que o efetivo, considerando as exclusões de materiais adquiridos por acesso física e lançados pelo Contribuinte, no período de 2001/2004”. Portanto, evidente a clareza da imputação, cujos lançamentos foram feitos pelo próprio autuado e, como tal, deve ter conhecimento de que documentos fiscais devem os mesmos se reportar.

Sendo assim, não vislumbro o alegado cerceamento do direito de defesa.

Também indefiro o pedido para realização de diligência para se constatar a intrínseca relação entre os imóveis por acesso física, erigidos com as mercadorias e serviços adquiridos pelo recorrente, com as atividades fins por ele desempenhadas, uma vez que, nos termos do art. 147, I,

“a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

No mérito, a aquisição dos materiais de construção para serem aplicados nas obras de edificações de ampliação da unidade fabril, à luz da legislação do ICMS, não gera direito a crédito, haja vista serem bens imóveis por acessão física que não estão vinculados à atividade da empresa, mas sim, à construção de diversas obras no seu estabelecimento, as quais visam à modernização de sua unidade fabril, conforme atestado pelo próprio recorrente, à fl. 631 dos autos, cujos projetos foram denominados de: “Moagem de Cimento II – Transporte de Cimento”; “Modificações de filtro de mangas do resfriador”; “Sistema de Alimentação Bagaço”; “Modernização do Sistema de Lubrificação Mancais Moinho II Cimento”; “Automação Final Linha Existente” e “Sistema Petcoque/Carvão Mineral”, etc..., obras de edificações onde são realizadas as suas atividades.

Portanto, a aquisição de: brita gravilhões, material elétrico, material hidráulico, placas premoldadas, soleiras, cabos, canaletes, pisos, telas para pisos, inversores de frequência, chapas para revestimento, elementos de torres, etc., para serem utilizados nas construções de obras de edificações não geram direito a crédito, pois são materiais de construção adquiridos para produzirem bens imóveis por acessão física, não passíveis de creditamento, com vedação legal expressa neste sentido, conforme estabelece o art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96 e no art. 97, IV, alínea “c”, c/c o § 2º, do RICMS. Possibilitar o direito ao crédito nas aquisições destes materiais seria afrontar a vedação legal, a despeito da utilidade e essencialidade da edificação resultado da acessão física.

Diante do exposto, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, por serem as razões recursais apresentadas incapazes de modificar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade da presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206886.0011/05-4, lavrado contra CCB-CIMPOR DE CIMENTOS DO BRASIL (CIA DE CIMENTOS DO BRASIL), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$498.224,03, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Fernando Antônio Brito de Araújo, Sandra Urânia Silva Andrade e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Oswaldo Ignácio Amador, Valnei Sousa Freire e Fábio de Andrade Moura.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS