

PROCESSO - A. I. Nº 279196.0004/03-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BRASKEM S/A.
RECURSO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Acórdão 2ª CJF nº 0118-12/06
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 24/09/2009

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0028-21/09

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAIS ADQUIRIDOS PARA USO E /OU CONSUMO PELO ESTABELECIMENTO. **b)** RELATIVO AO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NAS AQUISIÇÕES DOS MESMOS MATERIAIS. Comprovado tratar-se de materiais empregados na construção de edificações para condicionamento dos dutos, estes sim utilizados para transporte de matéria-prima, em substituição a outros meios de transporte, que se relacionam à atividade do estabelecimento e, em consequência, com direito à apropriação de crédito fiscal. Excluídos os demais materiais empregados. Modificada a Decisão recorrida para restabelecer integralmente as exigências fiscais. Presente o requisito de admissibilidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Extraordinário tempestivamente apresentado pela PGE/PROFIS, previsto no art. 169, II, “c” do RPAF, o qual pretende a modificação do Acórdão 0118-12/06, prolatado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, por Decisão não unânime, tornando procedente em parte a exigência do ICMS, no valor de R\$114.538,90, inerente ao exercício de 2000, decorrente da:

1. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 2.122.901,78, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
2. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 2.635.376,91, relativo ao diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de material de uso/consumo do estabelecimento, equivocadamente classificado como ativo fixo.

O referido Acórdão reformou a Decisão da 1ª Instância (que considerou o Auto de Infração procedente) sob o entendimento, exarado através do “Voto Vencedor”, de lavra do Conselheiro Helcônio de Souza Almeida, de que:

“Ouso discordar do Ilustre Relator no que diz respeito a “dutovia”. Os produtos arrolados e que foram empregados na construção da dutovia nem todos devem ser classificados como materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento. De acordo com o voto do relator, desta relação devem ser retirados aqueles que não são bens destinados ao ativo imobilizado e, portanto, não fazem jus aos correspondentes créditos fiscais de ICMS, nos termos da legislação.

Creio que não procede em parte a tese defendida pelo recorrente, pois entendo que a dutovia, é um meio de transporte que será utilizado pela empresa em substituição a outros meios de transporte e não representa uma simples obra de construção civil ampliadora da empresa. Deve classificar-se, portanto, como um bem móvel que se relaciona à atividade do estabelecimento e, em consequência, com direito à apropriação de crédito fiscal.

Ressalto, porém, como o fez o Sr. Relator de que alguns produtos arrolados na autuação, tais como impressoras, armários, microcomputadores, monitores de vídeo, televisores, videocassete, frigobar, cadeira

giratória, etc e que não foram empregados diretamente na construção da dutovia, sim na parte administrativa não fazem jus ao crédito.

Pelo acima exposto, entendo que a Decisão da JJF deve ser corrigida, mantida, porém, em relação aos produtos a seguir relacionados que não dão direito ao crédito."

A PGE/PROFIS, às fls. 762 a 768 dos autos, através de sua procuradora Dr^a Maria Dulce Baleeiro Costa, apresenta Recurso Extraordinário, no prazo regulamentar, pretendendo a reforma do Acórdão nº. 0118-12/06, prolatado pela 2ª CJF, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, por comungar com o entendimento externado pela JJF, acompanhado pelo Relator Álvaro Barreto Vieira, uma vez que os produtos adquiridos se destinaram à obra de engenharia civil, inclusive com contratação de empresa de construção civil para a sua realização, se constituindo a dutovia em uma ampliação da empresa com a acessão física do imóvel construído, o que é vedada à utilização do crédito fiscal relativo a bens imóveis por acessão, conforme art. 97, § 2º, do RICMS.

Diante disso, por entender que restou demonstrado que a Decisão recorrida contrariou a legislação e as provas dos autos, requer que seja modificada a Decisão proferida pela 2ª CJF para que seja restabelecida a autuação.

Cientificado do Recurso Extraordinário interposto pela PGE/PROFIS o recorrido apresenta sua manifestação, às fls. 784 a 796 dos autos, na qual, inicialmente, protesta pela intimação pessoal de seus advogados para que possam sustentar oralmente suas razões.

No mérito, desenvolve sua tese de que os supostos bens de uso e consumo eram, na verdade, equipamentos empregados na construção de dutos que tinham por objetivo efetuar a ligação entre a sua unidade industrial, localizada no Polo Petroquímico de Camaçari, e o Porto de Aratu, no Município de Candeias, de onde importa parte de sua principal matéria-prima, a nafta petroquímica, fato este confirmado pela diligência realizada neste sentido, sendo, contudo, ainda assim a autuação julgada procedente, na 1ª instância, visto que aquela Decisão entendeu que tais bens não dariam direito a crédito de ICMS, o que o levou a apresentar Recurso Voluntário, com o intuito de demonstrar que, em se considerando tais bens como sendo destinados ao seu ativo imobilizado, o direito ao crédito do ICMS seria legítimo, uma vez que as aquisições foram efetuadas no decorrer do exercício de 2000, período que o direito aos créditos era irrestrito, já que a Lei Complementar nº. 102/2000, que restringiu o direito a tais créditos, passou a surtir efeitos apenas a partir de 2001.

Ressalta que a Colenda 2ª CJF entendeu que todos aqueles bens utilizados diretamente na construção da dutovia deveriam gerar direito a crédito de ICMS, visto que não se trata de bens de uso e consumo, mas sim de verdadeiros insumos empregados na atividade industrial do recorrido, exigindo o ICMS tido como devido de R\$114.538,90, relativo ao crédito apropriado sobre a aquisição de materiais utilizados nas áreas administrativas da obra de construção da dutovia.

Aduz que a Fazenda Estadual não se conformou com tal Decisão, tendo interposto Recurso Extraordinário à Câmara Superior desse Egrégio CONSEF, sob o fundamento de que a Decisão recorrida teria violado o art. 97, § 2º, inciso III, do RICMS/BA, como também, sem qualquer fundamento jurídico ou fático, que também teria contrariado as provas do processo, o que justificaria a interposição do Recurso Extraordinário em questão.

Sustenta que a Decisão recorrida não contrariou o artigo suscitado, uma vez que as mercadorias adquiridas foram empregadas em bem móvel, o qual é utilizado diretamente na sua atividade.

Entende que se trata de situação completamente oposta àquela tratada pelo art. 97, § 2º, do RICMS, do que sustenta de que tais circunstâncias não deixam dúvidas de que os fundamentos que supostamente autorizaram o Recurso Extraordinário não podem prevalecer, de forma que a Decisão recorrida não deve ser reformada.

Por fim, salienta que, independentemente do tratamento dispensado a tais mercadorias, o direito ao crédito era assegurado pelo art. 155, § 2º, da Constituição Federal e pelos artigos 19 e 20 da LC

87/96, em que se prevê e se regulamenta o princípio da não-cumulatividade. Neste sentido cita decisões do STF e do STJ.

Diante disso, o recorrido pleiteia que Negue Provimento ao Recurso Extraordinário e determine a manutenção da Decisão recorrida.

VOTO

Trata-se de um Recurso Extraordinário interposto pela Sra. representante da Procuradoria Geral do Estado – Procuradoria Fiscal, em que solicita a reforma da Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste Conselho para se restabelecer integralmente a exigência fiscal, por sustentar que ficou caracterizado que os produtos adquiridos, objetos das exigências fiscais sob exame, se destinaram à obra de engenharia civil, executada por empresa de construção civil, se constituindo a dutovia em uma ampliação da empresa com a acessão física do imóvel construído, sendo vedada a utilização do crédito fiscal relativo a bens imóveis por acessão, conforme o art. 97, § 2º, do RICMS/97. Diante disso, por entender que restou demonstrado que a Decisão recorrida contrariou a legislação, requer a PGE/PROFIS que seja modificada a Decisão proferida pela 2ª CJF para que seja restabelecida a autuação.

Preliminarmente, diante de tal concepção, observo que se encontra presente a condição legal para interposição do Recurso Extraordinário, previsto no art. 169, II, “c”, do RPAF/BA, o qual estabelece que caberá *“Recurso Extraordinário, de competência da representação da Procuradoria Geral do Estado no CONSEF, quando a decisão contrariar a legislação, as provas dos autos ou o entendimento manifestado em decisões reiteradas do CONSEF”*.

Para demonstrar que a Decisão recorrida contrariou a legislação, socorro-me do voto vencedor da lavra da ilustre Conselheira Drª. Sandra Urânia Silva Andrade, prolatado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, constante do Acórdão CJF nº. 0288-11/08, a seguir transcrito:

“Quanto à infração descrita no item 10 da autuação - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (material de uso e consumo do estabelecimento e a respectiva diferença de alíquotas de mercadorias indevidamente classificadas como ativo) – deve ser de logo registrado que discordamos do opinativo da douta PGE/PROFIS ao manifestar-se pela improcedência deste item. Não restam dúvidas de que os materiais adquiridos para construção da dutovia são bens móveis que ao serem utilizados na construção dos referidos dutos perdem sua natureza, transformando-se nos denominados bens imóveis por acessão física.

O inciso II do art. 43 do Código Civil de 1916 fornecia elementos para um conceito adequado de imóvel por acessão. Rezava tal dispositivo, in verbis:

“Art. 43. São bens imóveis:

II – tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada a terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano.”

A acessão significa aderência de uma coisa à outra, de modo que a primeira absorva a segunda. Se trata de coisas móveis por sua natureza, que incorporadas em caráter permanente ao solo ou a uma edificação, adquirem a categoria de imóveis.

Também o novo Código Civil, em seu art. 79, admite a idéia de imóveis por acessão ao definir como imóvel tudo que ao solo se incorporar natural ou artificialmente. Assim, o cimento, o bloco cerâmico, como as juntas, flanges, válvulas, luvas, roscas (estes últimos produtos objetos da autuação) são bens móveis que se transformaram em bens imóveis, no caso, a dutovia, ou seja, os materiais nele empregados o foram no contexto de obra de construção civil. Pela legislação posta, portanto, não geram direito a crédito fiscal, nos termos do art. 97, inciso IV, alínea “c”, combinado com o §2º, inciso III, ambos do RICMS/BA, abaixo transcritos:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

c) se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento;

§ 2º Para os efeitos da alínea “c” do inciso IV, consideram-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:

III - os imóveis por acessão física.”

Devemos registrar, ainda, que tais disposições regulamentares encontram lastro na própria Lei Complementar nº. 87/96, o art. 20 da LC Nº 87/96 prevê expressamente o crédito de ICMS de mercadoria entrada no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ativo permanente, o §1º deste artigo prescreve que não dão direito a crédito as entradas de mercadoria 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. Já o § 3º do artigo 20 da LC Nº 87/96 traz outras restrições ao direito de crédito, mas observa-se que o legislador concedeu o direito ao crédito somente para as operações ou prestações subsequentes tributadas ou tributáveis pelo ICMS, ou seja, a LC Nº 87/96 restringe a apropriação de crédito de ICMS às aquisições de bens móveis, de caráter durável, passíveis de saídas posteriores, sem que para tanto, haja destruição, modificação, fratura ou dano e desde que se vinculem ao objeto social da empresa e não tenham sido adquiridos com fins mercantis.

Assim, não há dúvida, inclusive na doutrina, conforme preleciona Alcides Jorge Costa, que os materiais de construção empregados na feitura ou reforma de um galpão industrial, de um prédio comercial ou industrial que, após concluídos, serão bens imóveis e como tal serão contabilizados, não geram direito ao crédito, é coisa alheia aos eventos tributáveis pelo ICMS, já que uma vez incorporados às edificações, esses materiais de construção adquiridos não serão objetos de saídas posteriores (no sentido técnico do ICMS); são imóveis, portanto, conforme art. 43, inciso II, do Código Civil acima citado, não gerando direito ao crédito do imposto. Nesta linha, votamos pela manutenção da Decisão recorrida, pelos fundamentos expostos”.

Por outro lado, a Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal é de que a dutovia é um meio de transporte que será utilizado pela empresa em substituição a outros meios de transporte e não representa uma simples obra de construção civil ampliadora da empresa, devendo classificar-se, portanto, como um “bem móvel” que se relaciona à atividade do estabelecimento e, em consequência, com direito à apropriação de crédito fiscal.

Portanto, o cerne da questão é definir se a dutovia deve ser considerada como bens imóveis por acessão física ou como um meio de transporte de matéria-prima a ser utilizado pela empresa.

Entendo necessária, para precisarmos o conhecimento sobre qualquer “objeto”, a investigação não só sobre sua essência, mas, também, sobre seu “objetivo”, ou seja, o alvo ou fim a que se destina ou se quer atingir. Tal inteligência tem sido sempre aplicada por este Colegiado e como exemplo temos a questão do direito ou não ao crédito fiscal dos produtos considerados como material de uso e/ou consumo ou intermediário no processo produtivo das empresas, os quais são avaliados em suas funções e essencialidades para cada processo industrial sob análise.

No caso concreto, vislumbro que toda a construção civil da edificação é necessária para a viabilidade da dutovia, isto é, para proporcionar as condições e meios necessários à consecução de seu objetivo final, ou seja, o transporte de suas matérias-primas ou produtos finais, cujas operações estão intrinsecamente relacionadas com o desenvolvimento do objetivo social da empresa.

Entretanto, mesmo assim, não podemos deixar de admitir que os materiais utilizados na construção civil destas edificações, a exemplo de parafusos, blocos, arruelas, cimento, etc, são conceituados como material de uso e consumo, pois perdem a sua natureza, transformando-se nos denominados bens imóveis por acessão física, uma vez que são “*incorporados permanentemente ao solo, como a semente lançada a terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano*”, haja vista que “*acessão significa aderência de uma coisa à outra, de modo que a primeira absorva a segunda*”, logo “*Se trata de coisas móveis por sua natureza, que incorporadas em caráter permanente ao solo ou a uma edificação, adquirem a categoria de imóveis*”.

Já no caso da dutovia propriamente dita, ou seja, os tubos e conexões que servem para o transporte dos insumos e produtos, estes sim possuem a capacidade de “transportar” a matéria-prima ou produto, e, como tal, estão intrinsecamente relacionados com o desenvolvimento do objetivo social da empresa, conforme bem consignado na Decisão recorrida “*a dutovia, é um*

meio de transporte que será utilizado pela empresa em substituição a outros meios de transporte e não representa uma simples obra de construção civil ampliadora da empresa". Neste caso, verificamos que as tubulações e conexões utilizadas no transporte dos insumos e produtos podem ser remanejadas e instaladas em um novo duto que terá continuidade de sua funcionalidade, ao contrário das edificações que, uma vez desativada a dutovia, não podem ser retiradas sem que haja destruição e perda das características dos materiais que serviram para a sua construção.

Também, se compararmos a dutovia com um equipamento industrial, logo, ativo imobilizado, vamos concluir que o maquinário terá direito ao crédito fiscal do ICMS, dentro dos preceitos previstos na legislação. Contudo, caso este equipamento necessite de uma edificação que lhe sirva como base para seu pleno desempenho operacional, esta não dará direito ao crédito de ICMS.

Nesta hipótese, a legislação só acobertaria os créditos fiscais relativos ao ativo imobilizado, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, sendo considerados alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito fiscal do ICMS, os imóveis por acessão física.

Portanto, os materiais arrolados às fls. 06 a 160 dos autos, foram empregados nas diversas preparações que serviram à construção e viabilização dos dutos, conforme se verifica através da "Proposta Técnica" de fls. 352 a 487 dos autos, haja vista que os dutos propriamente ditos foram construídos em "tubulações de aço AP 5L X42", com diâmetros nominais variando de 14' a 36', conforme descrito à fl. 358 dos autos, cujo material não consta dentre os relacionados como objeto das exigências fiscais, as quais entendo subsistentes, por se tratar de aquisição de bens utilizados em atividades alheias ao do estabelecimento.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Extraordinário apresentado, para modificar a Decisão recorrida, julgando o Auto de Infração Procedente.

VOTO DIVERGENTE

Com o devido respeito ao entendimento do ilustre conselheiro relator, sinto-me compelido a divergir do julgamento, por discordar da sua fundamentação e consequente conclusão.

Na procedimentalidade, verifica-se, sem margem a dúvidas, que os materiais, que geraram a imputação foram aplicados na construção da dutovia, fato reconhecido pelo Relator, em seu voto no presente Recurso Extraordinário, quando alinha:

"No caso concreto, vislumbro que toda a construção civil da edificação é necessária para a viabilidade da dutovia, isto é, para proporcionar as condições e meios necessários à consecução de seu objetivo final, ou seja, o transporte de suas matérias-primas ou produtos finais, cujas operações estão intrinsecamente relacionadas com o desenvolvimento do objetivo social da empresa.

Entretanto, mesmo assim, não podemos deixar de admitir que os materiais utilizados na construção civil destas edificações, a exemplo de parafusos, blocos, arruelas, cimento, etc, são conceituados como material de uso e consumo, pois perdem a sua natureza, transformando-se nos denominados bens imóveis por acessão física, uma vez que são "incorporados permanentemente ao solo, como a semente lançada a terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano", haja vista que "acessão significa aderência de uma coisa à outra, de modo que a primeira absorva a segunda", logo "Se trata de coisas móveis por sua natureza, que incorporadas em caráter permanente ao solo ou a uma edificação, adquirem a categoria de imóveis"."

Inegável, portanto, que se trata de material diretamente ligado à atividade-fim da recorrente, pois é através da dutovia que serão transportados os produtos adquiridos pela empresa Braskem, ou seja, não são alheios às atividades do estabelecimento e, por isso, de acordo com a legislação vigente, no momento do fato gerador, mesmo sendo considerados bens imóveis por acessão física, geram direito ao crédito fiscal pelo contribuinte, conforme se evidenciará, doravante.

Nesse contexto, considerando a perfeita correlação entre as duas autuações, adoto como fundamentação para dissentir do julgamento desta lide, o voto divergente, proferido na Decisão não unânime do Colegiado da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, no Acórdão nº

0288-11/08, da lavra do eminente Conselheiro FÁBIO DE ANDRADE MOURA, o qual foi por mim encampado, na oportunidade daquele julgamento, e que transcrevo adiante:

“A divergência instaurada refere-se exclusivamente ao Recurso Voluntário e no que concerne à infração 10, na qual foi atribuída ao contribuinte a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, ao fundamento de que o recorrente classificou por equívoco as mercadorias objeto desta cobrança como ativo fixo.

O direito ao crédito do ICMS foi estabelecido pela Constituição e encontra-se atualmente regulado pelos textos normativos que compõem a chamada legislação tributária, devendo-se recordar que a edição das normas há de atender, dentre outros primados, ao princípio da hierarquia das leis. Sob esse prisma, tem-se que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas inferiores e a Lei Complementar nº 87/96, de seu turno, é o fundamento de validade das leis ordinárias, decretos, portarias, instruções normativas e atos administrativos em geral que digam respeito à cobrança do ICMS no âmbito dos Estados-membros.

Quanto à matéria crédito tributário, o art. 20, da referida Lei Complementar, dispõe:

“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”.

Da simples leitura do dispositivo legal (que foi repetido integralmente no art. 29, da Lei Estadual nº 7.014/96), percebe-se, sem o menor esforço, que o legislador complementar não inseriu no ordenamento jurídico vigente a limitação vislumbrada pela nobre relatora quanto à concessão do crédito tributário para os materiais destinados ao ativo fixo do estabelecimento, de forma a exigir que as mercadorias adquiridas estejam vinculadas às atividades finais de comercialização ou industrialização.

Logo, a tese do voto vencedor é, a meu ver, bastante discutível do ponto de vista da hierarquia das normas.

Entretanto, este não é o único óbice à cobrança objeto da infração 10. Ainda que se pudesse entender que a vinculação da concessão do crédito às atividades fins do estabelecimento decorre da própria sistemática do imposto, tal como previsto na legislação complementar, merece registro que a regra que veda o crédito de imóveis por acessão física comportava prova em contrário na data da ocorrência do fato gerador, como se observa da redação atual do art. 97, do RICMS, em cotejo com o texto anterior, in verbis:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

(...)

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

(...)

c) se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento;

(...)

§ 2º Para os efeitos da alínea “c” do inciso IV, consideram-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:

Nota: A redação atual do § 2º do art. 97 foi dada pela Alteração nº 93 (Decreto nº 10459, de 18/09/07, DOE de 19/09/07), efeitos a partir de 19/09/07. Redação originária, efeitos até 18/09/07: “§ 2º Para os efeitos da alínea “c” do inciso IV, SALVO PROVA EM CONTRÁRIO, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:”

(...)

III - os imóveis por acessão física”.

Assim, até 18/09/2007, o contribuinte poderia comprovar que os imóveis por acessão física adquiridos (e, aqui, valho-me, na integralidade, da brilhante exposição feita pela nobre relatora acerca da natureza jurídica dos materiais objeto da autuação) não são alheios às atividades do estabelecimento e, por isso, geram direito ao creditamento. Somente com o Decreto nº 10.459/07 esta regra mudou, para tornar a presunção absoluta, não alcançando, entretanto, a infração 10 da presente autuação, que se refere aos exercícios de 2001 a 2005.

Sendo indubitoso que poderia o contribuinte demonstrar que as mercadorias adquiridas estão relacionadas com suas atividades, para fins de garantir-lhe o direito ao crédito, cumpro-nos perquirir que existe nos autos tal comprovação.

E, exercendo esse mister, tenho que não restam dúvidas acerca da legitimidade da pretensão recursal. Remetidos os autos à Assessoria Técnica deste Conselho de Fazenda, ficou testificado que todas as mercadorias

tratadas nas notas fiscais indicadas no anexo J-1 do Auto de Infração (fls. 597/598), quais sejam juntas, flanges, tubos, roscas, luvas, pestanas e tes, foram utilizadas na construção da Dutovia Monsanto, conforme parecer de fls. 1.489/1.494.

Inegável, portanto, que se trata de material diretamente ligado à atividade fim da recorrente, pois é através dele que serão entregues os produtos adquiridos pela empresa Monsanto. Aliás, o posicionamento da nobre relatora, no particular, carece de congruência: ora, não há a menor dúvida de que, para os tubos que compõem a dutovia, reconhece-se o direito ao crédito do contribuinte. Por que, então, deixar de lhe reconhecer o direito ao crédito dos materiais que serão utilizados para sustentar a tubulação?

Certamente em razão dessa incongruência e da inelutável conclusão de que os bens incorporam-se ao ativo permanente da empresa, gerando direito ao crédito fiscal, foi que a douta PGE/PROFIS, na voz do seu nobre procurador assistente, manifestou-se, expressamente pelo provimento do Recurso Voluntário no particular, para julgar improcedente a infração 10 (fls. 1995).

Com tais considerações e por entender, principalmente, que o contribuinte no caso concreto conseguiu demonstrar a ligação direta entre o bem do ativo permanente e a atividade principal da empresa autuada, havendo vinculação física e jurídica com a saída de mercadorias tributáveis, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, divergindo da relatora apenas no que concerne à infração 10, a qual, no meu entendimento, é insubsistente.”

Concludentemente, *in casu*, entendo irrepreensíveis as razões antes reproduzidas, do que resulta se estratificar o meu voto no sentido do NÃO PROVIMENTO do Recurso Extraordinário apresentado e, em consequência, a manutenção da Decisão recorrida, a qual deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria, com voto de qualidade da presidente, **PROVER** o Recurso Extraordinário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279196.0004/03-2, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.758.278,69**, sendo R\$2.671.372,05, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$2.086.906,64, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da citada lei, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros (as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Álvaro Barreto Vieira, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Sandra Urânia Silva Andrade, Tolstoi Seara Nolasco e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiro: Valnei Sousa Freire, Fábio de Andrade Moura, Fauze Midlej, Márcio Medeiros Bastos, Nelson Antonio Daiha Filho e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2009.

DENISE MARA DE ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

VALNEI SOUSA FREIRE – VOTO DIVERGENTE

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALVCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS