

AL. Nº - 206917.0004/10-2
AUTUADO - CCB - CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - LUIZ ORLANDO SANTOS SILVA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 09.09.2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0245-01/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DESTINADOS A CONSTRUÇÃO DE BENS IMÓVEIS, POR ACESSÃO FÍSICA. Ficou demonstrado que tais bens não estão vinculados à atividade da empresa, e, uma vez destinados à construção de bens imóveis, por acessão física, não são passíveis de creditamento fiscal do ICMS, 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. A decisão prolatada em sede de liminar, não impede que sejam adotados pela fiscalização procedimentos no sentido de se realizar lançamento de ofício do crédito tributário, para resguardar o direito ao Estado de interpor futura ação de execução, contra o sujeito passivo, caso o mandado de segurança no julgamento de mérito, tenha sua decisão favorável ao erário. Infração subsistente. **b)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Ficou caracterizado que foi utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, relativo a mercadorias adquiridas para uso e consumo lançadas como ativo imobilizado, creditando-se na proporção de 1/48 ao mês, com vedação expressa pela legislação tributária estadual. Infração subsistente. **c)** UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. A comprovação de erros derivados da transcrição errada dos valores constantes do CIAP para o livro Registro de Apuração do ICMS, assim como quanto ao uso de modelo do CIAP faltando a coluna relativa à proporcionalidade de utilização do bem no estabelecimento em cada mês, torna a infração caracterizada. 2. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. RECOLHEU A MENOS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Infração reconhecida e paga. 3. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O adquirente neste caso é o responsável por substituição relativamente ao imposto, cujo lançamento se encontrava diferido. A concessão da redução da base de cálculo prevista no inciso XX do art. 87 do RICMS/BA implica na redução do montante do débito. Infração parcialmente comprovada. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE

ESCRITURADAS. Infração reconhecida e paga. Não acolhida a nulidade pretendida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/07/2010, lança crédito tributário no valor de R\$ 290.378,03, em razão do cometimento das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro a novembro de 2007. Sendo lançado o crédito tributário no valor de R\$ 54.308,42, e aplicada a multa de 60%. Foi acrescentado que tais aquisições integraram o ativo imobilizado do estabelecimento, por acessão física, haja vista que a empresa deixou de estornar os valores relativos aos materiais de construção empregados na ampliação da unidade fabril levada a termo no exercício de 2003, conforme PAF N°206886.0011/05-4.

02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2008. Sendo lançado o valor de R\$ 5.740,08 e aplicada multa de 60%. Consta que o autuado creditou-se indevidamente, do ICMS incidente nas aquisições de mercadorias para integrar o ativo imobilizado do estabelecimento, por acessão física, à razão de 1/48 avos, referente a materiais de construção e ao galpão metálico para cobertura de área de combustível do forno.

03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de fevereiro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008. Sendo lançado o valor de R\$ 37.911,11 e aplicada multa de 60%. Foi consignado que o autuado creditou-se indevidamente do ICMS incidente nas aquisições de mercadorias para uso ou consumo do estabelecimento, devido ao enquadramento dessas mercadorias no rol dos ativos imobilizados da empresa, à razão de 1/48 avos.

04. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, no período de janeiro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008. Sendo lançado o valor de R\$ 88.437,27 e aplicada multa de 60%. Consta que o autuado creditou-se a mais do ICMS relativo a entradas de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento, à razão de 1/48 avos, por erro na determinação do valor a transcrever do livro CIAP para o livro de Apuração do Imposto.

05. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a abril, junho, julho, setembro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008. Sendo lançado o valor de R\$ 7.839,45 e aplicada multa de 60%. Foi acrescentado que o autuado creditou-se a mais do ICMS relativo as entradas de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento, à razão de 1/48 avos, devido a erro no modelo do livro CIAP utilizado para escrituração (faltou a coluna referente ao critério de proporcionalidade/dia de utilização do bem no estabelecimento).

06. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilatação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, nos períodos de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2007 e janeiro a junho, e setembro a dezembro de 2008. Sendo lançado o valor de R\$ 15.284,30 e aplicada multa de 60%. Consta que tal fato ocorreu devido a erro na quantificação da parcela sujeita ao Incentivo Desenvolve, haja vista que a empresa não deduziu do saldo devedor apurado no mês o imposto relativo às saídas de mercadorias sob as rubricas Saídas Outras, Vendas de Mercadorias Adquiridas de Terceiros e Remessa de Sacarias, operações essas não amparadas pelo Programa Desenvolve.

07. Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, relativo aos fornecimentos de alimentação para consumo por parte de seus empregados, nos períodos de janeiro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008. Sendo lançado o valor de R\$ 78.637,40 e aplicada multa de 60%.

08. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês de março de 2008. Sendo lançado o valor de 2.220,00 e aplicada multa de 60%. Consta que o autuado deixou de debitar-se e, por conseguinte, de recolher o ICMS incidente sobre as transferências interestaduais, de mercadorias adquiridas de terceiros, no mês de março de 2008, objeto das notas fiscais nºs 245129 de 06/03/2008 e 245266 de 07/03/2008, nos valores respectivos de R\$ 15.040,00 e R\$ 3.460,00, à alíquota de 12%, com imposto nos valores devidos de R\$ 1.804,80 e R\$ 415,20.

O Autuado apresenta defesa, às fls. 808 a 823, vol. 3, dizendo que a Infração 01 não pode prosperar visto que é totalmente improcedente porque está inteiramente respaldada na repercussão do PAF 206886.0011/05-4 e este está com sua exigibilidade suspensa por decisão liminar proferida pelo MM. Juízo de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, constante dos autos do Mandado de Segurança nº 1880641-7/2008 (doc. 03), nos seguintes termos:

“Isto posto, CONCEDO a LIMINAR para DETERMINAR a suspensão da exigibilidade do crédito tributário oriundo do Auto de Infração n.º 206886.0011/05-4 e que a Autoridade Impetrada se abstenha de prosseguir com a cobrança judicial do referido crédito tributário.”

Acrescenta que essa decisão monocrática foi confirmada, em segunda instância, pela Terceira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na Apelação Cível/Embargos de Declaração nº 0029265-54.2008.805.001-2, na Sessão Ordinária do dia 23/02/2010, nos termos da decisão anexa (doc. 04), que julgou o mandado de segurança, fulminando definitivamente o PAF 206886.0011/05-4:

“Diante do exposto, ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA CCB-CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA., atribuindo-lhe efeitos modificativos, para reformar o acórdão embargado, reconhecendo a existência de prova pré-constituída nos autos e conferindo à empresa embargante o direito de creditação do ICMS tal como pretendido em sede de mandado de segurança.”

A defendantte teve reconhecido judicialmente o seu direito de se creditar do ICMS decorrente daquelas entradas de materiais de construção, empregados na ampliação da sua unidade fabril, sendo improcedente a glosa de tais créditos através do PAF 206886.0011/05-4.

Verifica-se ainda que apesar da defendantte ter sido intimada da peça de autuação em 09 de agosto de 2010, o Auditor Fiscal autuante está cobrando equivocadamente ICMS referente a créditos ocorridos há mais de 5 anos dessa autuação, quando já haviam sido homologados tacitamente todos os lançamentos por homologação, ocorridos até agosto de 2005, sem que a Fazenda Pública, no período de 5 anos, a contar da ocorrência do fato gerador, tenha se pronunciado sobre os mesmos. Cita o art. 150, do Código Tributário Nacional.

Argumenta que como fez antecipações de lançamentos do ICMS em todos os meses anteriores à lavratura da peça de autuação ora vergastada, principalmente além dos cinco anos anteriores a contar de 09 de agosto de 2010, restaram definitivamente extintos quaisquer créditos de ICMS que porventura tenham sido levantados retroativamente sobre fatos geradores ocorridos a partir de agosto de 2005, para trás.

Assevera que também não procede a exigência de estorno de valores relativos aos materiais de construção empregados na ampliação de unidade fabril levada a termo no exercício de 2003, creditados até agosto de 2005, porque já foram contados mais de 5 anos da ocorrência desses fatos geradores, até a data da intimação da autuação, sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, sendo considerado homologado tacitamente qualquer crédito tributário que porventura venha a ser

levantado até a referida data, aplicando-se, neste caso, o contido no § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional.

Transcreve ementa de decisão Recurso Especial nº 2007/0222715-3, do Superior Tribunal de Justiça, para dizer que esse é o seu entendimento na interpretação da norma supra, quando o contribuinte antecipa pagamento de imposto, na forma de lançamento por homologação, não se aplicando, nesses casos, o contido no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, porque além de ser caso de cadênci a do direito de lançar, é também caso de extinção do crédito tributário propriamente dito. Pede que esta infração seja julgada improcedente.

Quanto a Infração 2, ressalta que se trata da vedação equivocada ao crédito de ICMS pela aquisição das seguintes mercadorias, qualificadas como bens do ativo fixo: módulo suporte elevado; vigas/suporte; calha e interligação para alimentação do moinho; suporte de sustentação para o transformador; duto de descarga do elevador do silo; módulo para transportador da correia; conjunto de disjuntor; e galpão de cobertura da área de combustível do forno.

Alega que tais mercadorias não são alheias à atividade do estabelecimento, porque estão diretamente relacionadas com o processo de industrialização de cimento, qualificadas de bens do ativo permanente que não são adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento ou especulação, pelo que é legítimo o crédito do ICMS, na forma do inciso I, do § 17, do art. 93, do RICMS/BA, decorrente da aquisição dos mesmos, não por acesso física, pois não se incorporam fisicamente à estrutura imobiliária da fábrica.

Registra que essas mercadorias são empregadas da seguinte forma diretamente na atividade fim do estabelecimento autuado, conforme seu local de uso, objetivo e finalidade assim transcritos:

Nota Fiscal nº 1078 – entrada em 17/08/2008, equipamento: módulo suporte elevador; local de uso: pré-moagem de clinquer; objetivo: fixar a estrutura do elevador; finalidade: fixar a estrutura dos módulos do elevador das matérias-primas.

Nota Fiscal nº 963 – entrada em 19/03/2008, material: vigas / suporte; local de uso: ensacamento; objetivo: estrutura de suporte do circuito elétrico do ensacamento; finalidade: dar estrutura e suporte de sustentação ao novo circuito do ensacamento.

Nota Fiscal nº 1122 – entrada em 11/04/2008, equipamento: calha para alimentação do moinho; local de uso: pré-moagem de clinquer; objetivo: alimentar o moinho com matéria-prima; finalidade: transportar matéria-prima ao moinho I e posterior transporte de matéria-prima pré-moída aos moinhos de cimento.

Nota Fiscal nº 1123 – entrada em 11/04/2008, equipamento: suporte de sustentação para transformador; local de uso: pré-moagem de clinquer; objetivo: transformador de alimentação do CCM da pré-moagem; finalidade: fornecer eletricidade na tensão adequada aos CCM's.

Nota Fiscal nº 1125 – entrada em 11/04/2008, equipamento: duto de descarga do elevador; local de uso: pré-moagem de clinquer; objetivo: alimentação do moinho com matéria-prima; finalidade: transportar matéria-prima ao moinho I e posterior transporte de matéria-prima pré-moída aos moinhos de cimento.

Nota Fiscal nº 1127 – entrada em 11/04/2008, equipamento: duto de descarga do elevador; local de uso: pré-moagem de clinquer; objetivo: alimentação do moinho com matéria-prima; finalidade: transportar matéria-prima ao moinho I e posterior transporte de matéria-prima pré-moída aos moinhos de cimento.

Nota Fiscal nº 53998 – entrada em 21/10/2008, equipamento: conjunto disjuntor; local de uso: casa de força; objetivo: fornecer média tensão aos equipamentos; finalidade: controle de fornecimento de tensão aos equipamentos de grande porte nas áreas da fábrica.

Nota Fiscal nº 1235 – entrada em 16/12/2008, equipamento: galpão cobertura área de combustível do forno; local de uso: clinquerização; objetivo: armazenar combustível alternativo do forno; finalidade: proteger os resíduos sólidos das interperes do tempo, pois, antes com as chuvas o material passava a ficar muito úmido perdendo assim o poder de combustão, causando perda da capacidade de clinquerização do forno.

Frisa que se trata de mercadorias destinadas a servir diretamente à atividade fim do estabelecimento, e que são instaladas em edificação também destinada especificamente a esse mesmo objetivo, visando modernizar o seu parque fabril, no que diz respeito à produção industrial de cimento.

Observa que são aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, atreladas à respectiva atividade empresarial, juntamente com o imóvel no qual foram instaladas, assegurando-lhe o direito ao crédito do ICMS, na interpretação do art. 97, IV, “c”, § 2º, I, do Decreto Estadual nº 6.824/97, combinado com o art. 20, § 1º, da Lei Complementar nº 87/96.

Defende que nos termos dos dispositivos acima referidos, não é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição de mercadorias, quando essa operação se referir a mercadorias que não são alheias à atividade do estabelecimento. Diz que, no presente caso, são bens, materiais e mercadorias destinados à utilização na industrialização, sendo considerados bens do ativo immobilizado, empregados ou consumidos pelo contribuinte do imposto, diretamente em sua finalidade.

Assevera que essa acusação 02 é semelhante a que norteou o PAF 206886,0011/05-4, tendo este, como já visto acima, sido desconstituído nos termos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na Apelação Cível/Embargos de Declaração nº 0029265-54.2008.805.001-2.

Consigna que para que a Infração 02 seja enquadrada no inciso XII, do art. 97, do RICMS/BA, o autuante teria que esclarecer qual a proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período, que deveria ser suprimida do crédito do imposto relativo à aquisição ou à entrada real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento. Diz que essa proporção o autuante não informou para possibilitar uma defesa clara por parte da defendant.

Acrescenta que teria ainda o autuante que esclarecer qual a fração que corresponderia ao restante do quadriênio, na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contados da data de sua aquisição, que deveria ser suprimida do crédito do imposto relativo à aquisição ou à entrada real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento (alínea “b”, do inciso XII, do art. 97, do RICMS/BA). Diz que essa fração o autuante não informou para possibilitar uma defesa clara.

Frisa que nenhuma dessas formalidades cumpriu o autuante, para poder firmar sua acusação no inciso XII, do art. 97, do RICMS/BA, pelo que essa acusação torna-se nula de pleno direito, por cercear o amplo direito de defesa da defendant, por falta do devido enquadramento legal. Pede que esta infração seja julgada improcedente.

Em relação à pretensa infração 03, aduz que faltou ao autuante inserir no seu Demonstrativo, o local de uso do material adquirido, o seu objeto e a sua finalidade, a fim de que melhor fosse analisado cada bem quanto a sua destinação, se para uso e consumo ou como ativo permanente destinado a atender a finalidade do estabelecimento.

Sendo assim, a fim de complementar o citado Demonstrativo, elaborado pelo autuante, o defendant elaborou o Demonstrativo anexo, onde acrescentou o local de uso do material adquirido, o seu objeto e a sua finalidade, (doc. 05).

Destaca que analisando cada material ou bem adquirido, através do Demonstrativo apresentado pelo defendant, diz que todos são empregados na atividade fim do estabelecimento, isto é, para viabilizar diretamente a fabricação de cimento.

Assevera que tais mercadorias ou bens não podem ser classificados como bens adquiridos para uso e consumo do estabelecimento, mas, sim, como bens destinados à manutenção de sua atividade fim. Pede que esta infração seja julgada improcedente.

No que se refere à Infração 04, informa que resolveu declinar de sua defesa, concordando com o pagamento da mesma, com redução da multa, cujo comprovante de pagamento será juntado ao presente PAF oportunamente.

Quanto à Infração 05, aduz que o contrário do que acusa o autuante, o defendant não se creditou a mais do ICMS incidente sobre as entradas de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento, nos exercícios de 2007 e 2008. Acrescenta que não houve erro no modelo CIAP utilizado para escrituração, visto que, para o defendant, cujo regime de apuração do ICMS é mensal, não se aplica, no modelo CIAP, mais uma coluna referente ao critério de proporcionalidade/dia de utilização do bem no estabelecimento.

Destaca que não infringiu o § 17, inciso IV, do art. 93, do RICMS/BA, porque não está enquadrado em período de apuração inferior ou superior a um mês, mas, exatamente, no período de apuração mensal, do ICMS a recolher, não se aplicando o critério de proporcionalidade por dia de utilização do bem, mas o de utilização em cada mês, à razão de 1/48, para cada mês de utilização, sem importar a quantidade de dias em que foi utilizado no mês.

Diz que o autuante entendeu equivocadamente que essa apropriação mensal seria equivalente a quantidade de dias em que o bem foi utilizado no mês, o que está errado, no seu entendimento.

Sustenta que a expressão “*apropriação à razão de um quarenta e oito avos por mês*”, não leva em consideração a quantidade de dias, no mês de utilização do bem, mas o mês em que foi utilizado, porque, para o caso da defendant, o seu período de apuração do ICMS é mensal e não decenal.

Frisa que o inciso IV, do § 17, do art. 93, do RICMS/BA, se refere a período de apuração superior ou inferior a um mês, diz respeito a período decenal, quinzenal, bimensal.

Pontua que, não no seu caso não se aplica o critério *pro rata die*, da forma como interpretou o autuante, mas o critério de período de apuração mensal, que corresponderá a 1/48, a utilização do bem iniciado em qualquer dia do mês, não sendo proporcional ao número de dias em que foi utilizado no mês. Pede que esta infração seja julgada improcedente.

Assinala que após detida verificação sobre a infração 06, resolveu declinar de sua defesa, concordando com o pagamento da mesma, com redução da multa, cujo comprovante de pagamento será juntado ao presente PAF oportunamente.

Com relação à infração 07, argui que há cobrança em duplicidade do mesmo imposto, sobre o mesmo fato gerador, pela mesma entidade tributante, isto é, a cobrança de ICMS por diferimento, do destinatário, contribuinte substituto de empresa de pequeno porte, no caso Nutri Refeições Coletivas, inscrita no SIMPLES NACIONAL, sobre operações de fornecimento de alimentação, acarretando o *bis in idem*.

Entende a defendant que no caso de empresa de pequeno porte, fornecedora de alimentos, inscrita no SIMPLES NACIONAL, não há diferimento de imposto sobre tais operações, para cobrança do destinatário, tido como contribuinte substituto, por não se aplicar, sobre esse novo regime de tributação (SIMPLES NACIONAL), o contido nos arts. 343, XVIII, combinados com os arts. 347, 348 e 65, todos do RICMS/BA.

Sustenta que por ser empresa de pequeno porte, inscrita no SIMPLES NACIONAL, o ICMS de todos os fatos geradores ocorridos ao longo dos anos de 2007 e 2008, já tiveram o ICMS recolhido, em virtude

do regime de apuração e recolhimento do ICMS para esse tipo de empresa, observando a faixa de sua receita bruta.

Destaca que neste caso, é contribuinte substituta tributária da fornecedora de alimentos, a empresa NUTRI REFEIÇÕES COLETIVAS, e esta possui regime de apuração de ICMS em função de sua receita bruta, com base no SIMPLES NACIONAL, e não em função do valor total da nota fiscal, como pretende equivocadamente o autuante.

Sendo assim, entende que sobre essas operações praticadas por empresa inscrita no SIMPLES NACIONAL, não se pode tomar como base de cálculo do ICMS o valor total da nota, como pretende equivocadamente o autuante, e cobrar a exação do contribuinte substituto, quando o contribuinte substituído já pagou todo o ICMS sobre essas operações de fornecimento de alimentação, tomando como base sua receita bruta, na forma estabelecida para o SIMPLES NACIONAL.

Acrescenta que por estrito amor ao debate, mesmo que se pretenda cobrar o ICMS diferido, por substituição tributária, do adquirente das refeições fornecidas por essa empresa, tal exação não poderia ter como base de cálculo o valor total da nota, mas haveria, no mínimo, a redução dessa base de cálculo em 30%, nos termos do art. 87, inciso XX, do RICMS/BA, que transcreve.

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XX - até 31/12/12, no fornecimento de refeições promovido por bares, restaurantes e estabelecimentos similares, assim como na saída promovida por empresas preparadoras de refeições coletivas, excetuando, em qualquer das hipóteses, o fornecimento ou a saída de bebidas, calculando-se a redução em 30% (trinta por cento) (Conv. ICMS 09/93);

Sustenta que se a empresa NUTRI REFEIÇÕES COLETIVAS não fosse inscrita no SIMPLES NACIONAL, a base de cálculo sobre a qual incidiria o ICMS diferido e por substituição tributária, jamais seria igual ao valor total da nota, como pretende o autuante em seu demonstrativo, mas sofreria uma redução de 30%. Pede que esta infração seja julgada improcedente.

Quanto a Infração 08, aduz que resolveu declinar de sua defesa, concordando com o pagamento da mesma, com redução da multa, cujo comprovante de pagamento será juntado ao presente PAF oportunamente.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 891 a 903, reproduz os termos das infrações, e das alegações defensivas, em relação à Infração 01, dizendo que em referência a alegação do autuado, acerca da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, objeto do Auto de Infração nº 206886.0011/05-4, em sede do Mandado de Segurança nº 1880641-7/2008, cuja decisão da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador transcrita na peça de defesa, que a decisão judicial em 1ª Instância, fora pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto do Auto de Infração acima mencionado, não tem o condão de impedir a homologação dos lançamentos realizados, para diante do feito objeto da demanda judicial.

Salienta também que, acerca da reforma da decisão da 1ª Instância levada a termo pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, apelação Cível/Embargos de Declaração nº 0029265-54.2008.805.001-2, ao julgar pela pertinência do crédito utilizado, referente aos materiais de construção utilizados na ampliação da unidade fabril, diz que ao contrário do que afiança a defendant, essa decisão não fulmina, em definitivo, o Auto de Infração nº 206886.0011/05-4, porque não está esgotado o trânsito em julgado.

Aduz que em momento algum, a Fazenda Estadual reconhece a relação entre a construção civil efetuada e a atividade fim do autuado. Sustenta que a construção civil efetuada constitui ativo immobilizado por acesso físico, que não está vinculada à atividade fim da empresa, mas sim a construção do prédio onde vão ser realizadas essas atividades, ficando vedado o aproveitamento dos créditos vinculados à referida construção. Cita o art. 97, IV, “c”, do RICMS/BA/1997. No que se

refere a ativo imobilizado por acessão física. Assevera que esta última decisão, também, não poderá inviabilizar o legítimo direito da Fazenda Pública à homologação expressa dos lançamentos realizados pelo contribuinte, para além daquela lide.

Esclarece que quanto ao equívoco supostamente incorrido ao lançar imposto referente a créditos de ICMS ocorridos há mais de 5 anos, contados da data da intimação da autuação, 09/08/2010, quando, segundo o autuado, já haviam sido homologados, tacitamente, todos os lançamentos ocorridos até agosto de 2005, de pronto, refuta tal argumento, porque a contagem do prazo decadencial está disciplinada no Art. 173, I, e a ocorrência da homologação no 150 do CTN, que transcreve.

Reproduz os art. 28 e 965 do RICMS/97, que tratam dos prazos para lançamento do imposto em livros e documentos fiscais e da extinção do crédito tributário.

Frisa que a contagem *do prazo decadencial dá-se após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte*. Diz que não encontra amparo no sistema normativo vigente, a argumentação da defendantacerca da contagem do prazo decadencial a partir do fato gerador da obrigação tributária desse imposto, o ICMS.

Explica que os créditos referentes ao ativo permanente serão apropriados pelo contribuinte no período de 04 anos, à razão de 1/48 avos, mensalmente (Art. 93, V, “a”, § 17º, do RICMS/1997). Por este motivo os créditos referentes às aquisições de materiais de construção para ampliação da unidade fabril foram lançados, no livro RAICMS, até o mês de novembro de 2007.

Salienta que os créditos das aquisições dos materiais de construção do mês de janeiro de 2003 foram lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, à razão de 1/48 avos, nos meses de janeiro de 2003 até dezembro de 2006, durante 48 meses; os créditos das aquisições de materiais de construção do mês de fevereiro de 2003 foram lançados no livro RAICMS, à razão de 1/48 avos, nos meses de fevereiro de 2003 até janeiro de 2007, durante 48 meses; os créditos das aquisições de materiais de construção do mês de março de 2003 foram lançados no livro RAICMS, à razão de 1/48 avos, nos meses de março de 2003 até fevereiro de 2007, durante 48 meses, e assim sucessivamente; as últimas absorções dos créditos dos materiais de construção do exercício de 2003 referem-se ao mês de dezembro de 2003, cujos lançamentos no livro RAICMS, à razão de 1/48 avos, se deram nos meses de dezembro de 2003 até novembro de 2007. Diz que está explicado porque os créditos relativos ao ativo permanente, por acessão física, reclamados se referem ao período de janeiro a novembro de 2007. Afirma que os mesmos não são anteriores a agosto de 2005, conforme alega o autuado.

Aduz que os créditos mencionados acima são aqueles constantes dos Demonstrativos das Exclusões do Livro CIAP, às folhas 100 a 127, entregues ao autuado. Esclarece que os créditos reclamados constam dos Demonstrativos às folhas, 15 a 17 e 96 a 99, do PAF.

Frisa que são lançamentos homologados, expressamente, no devido interstício de tempo previsto no sistema normativo pátrio, não aquele pretendido pelo autuado, ou seja, a contar o prazo decadencial do fato gerador da obrigação, mas, a contar o prazo decadencial do lançamento dos créditos no livro de Apuração do Imposto.

Enfatiza que o autuado não retificou o saldo do crédito acumulado em seu livro CIAP após a autuação objeto do PAF Nº 206886.0011/05-4, carregando para os exercícios seguintes os créditos referentes aos materiais de construção utilizados na ampliação da unidade fabril e que se constituem em ativo imobilizado por acessão física. Mantém a autuação.

No que se refere à Infração 02, diz que ratifica as alegações do autuado de que os materiais e bens: módulo suporte do elevador, vigas/suporte, calha de interligação para alimentação do moinho, suporte de sustentação para o transformador, duto de descarga do elevador do silo, módulo para o transportador de correia, conjunto de disjuntor e galpão em estrutura metálica para área de combustível do forno, são materiais de construção ou bens, que fixados ou soldados ou incorporados ao imóvel, no caso do galpão em estrutura metálica, integram o patrimônio

imobiliário da empresa, constituindo-se, em ativo immobilizado por acessão física. Reitera que a utilização de crédito relativo a tais materiais é vedada pelo RICMS/97.

Salienta que a assertiva do autuado é de que os materiais ou bens adquiridos para integrar o ativo permanente estão diretamente relacionados à industrialização, sendo instalados em edificação utilizada para o mesmo fim. Reafirma que os bens e materiais são alheios à atividade fim da empresa.

Enfatiza que no que diz respeito à semelhança com a acusação que norteou o PAF nº 206886.0011/05-4 e sua desconstituição pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, trata-se de exigência fiscal acerca de aquisições de mercadorias para utilização por acessão física, então, semelhante ao PAF mencionado e de decisão, em grau de recurso, daquele Tribunal de Justiça que carece ser atacada, posto que toma por pressuposto *vícios de omissão* que a juízo da autoridade judiciária poderiam ser sanados e, também, por entendimento equivocado quanto a Fazenda Estadual haver reconhecido a existência de relação entre a construção civil realizada, na época, e a atividade fim da empresa, em sede de processo administrativo fiscal. Ratifica a autuação.

Quanto ao enquadramento equivocado da infração 02, no inciso XII, do Ar. 97, do RICMS/BA/1997, diz que de fato houve o engano, mas que fica evidenciada a perfeita compreensão da imputação que lhe está sendo atribuída, sendo assim o erro na indicação do referido dispositivo regulamentar não inquinha a nulidade a infração 02, haja vista que a descrição dos fatos ensejou à defendant vislumbrar, com precisão, seu devido enquadramento legal. Aduz que não há qualquer dúvida de que a descrição dos fatos permitiu à recorrente fazer a interpretação, ao seu modo, do alcance da vedação objeto do Art. 97, IV, “c”, combinado com o seu parágrafo 2º, do RICMS/BA/1997, o dispositivo legal infringido.

Esclarece que quanto à falta de indicação da proporção das operações e prestações isentas e não tributadas sobre o total das operações saídas ou prestações efetuadas no mesmo período, que deveria ser excluída do crédito do imposto relativo à aquisição ou a entrada real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como a ausência de esclarecimento quanto a fração que corresponderia ao restante do quadriênio, na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido 4 anos contados da data de aquisição, que deveria ser suprimida do imposto, salienta que não informou tais requisitos por falta de pertinência aos dispositivos legais infringidos, dado o equívoco incorrido na aludida indicação, pois, *ao invés de indicar o Art. 97, IV, “c”, combinado com o § 2º, III, do RICMS/1997, indicara o mesmo Art. 97, porém, inciso XII*, porque a empresa não pratica operações isentas ou não tributadas, nem alienou bens do ativo immobilizado antes de decorrido o quadriênio de sua aquisição. Pede que a infração seja mantida.

Quanto à Infração 03, aduz que de referência ao Demonstrativo que o autuado anexou, reconhece a sua pertinência, contudo, esclarece que o mesmo foi elaborado a seu pedido, a fim de que pudesse avaliar a destinação das mercadorias adquiridas, se para integração ao ativo permanente ou para uso e consumo do estabelecimento.

Informa, que destacou no Demonstrativo elaborado pelo autuado, às fls. 864 a 883 do PAF, as mercadorias cujos créditos foram glosados para facilitar a compreensão do julgamento.

Enfatiza que a divergência em relação ao procedimento adotado pelo autuado repousa no fato das ditas aquisições das mercadorias, embora utilizadas para manutenção da atividade fim da empresa, serem peças ou componentes de equipamentos industriais maiores, e de instalações da fábrica, objeto de reposição que, em se tratando de ICMS, são destinadas a uso e consumo do estabelecimento industrial.

Assevera que o cerne da questão, reside no critério de enquadramento adotado pelo autuado para as aludidas aquisições, pois considera que as mercadorias adquiridas por seu estabelecimento, destinadas a reposição de peças ou componentes de equipamentos industriais ou de instalações

fabris, desde que vinculadas à manutenção da atividade fim do estabelecimento, são aquisições para o ativo permanente com direito a crédito, conforme os dispositivos legais a que faz alusão o autuado, quando no seu entendimento, são mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, sendo vedada a utilização de tais créditos, na forma do Art. 93, § 17º, do RICMS/BA/1997. Ratifica a exigência fiscal.

A respeito da Infração 04, diz que o autuado informa que, após detida verificação sobre tal infração declina de sua defesa, concordando com o pagamento da mesma com redução de multa.

Quanto à Infração 05, ressalta que o autuado entendeu que as apropriações dos créditos relativos ao ativo permanente se darão à razão de 1/48 avos, na forma do Art. 93, § 17, I, do RICMS/97, porque seu período de apuração do ICMS é mensal, não se lhe aplicando o critério de proporcionalidade/dia de utilização do bem no estabelecimento, mas o de utilização em cada mês, à razão integral de 1/48 avos.

Salienta que a regulamentação do direito ao crédito relativo às aquisições para o ativo permanente, é aquela prevista no § 17, do Art. 93, do RICMS/BA/1997, em seus incisos, I a VI, cumulativamente, e não como quer fazer crer a defendant (que se vincula, somente, ao inciso I do mencionado dispositivo legal a apropriação desses créditos). A observação do disposto nos incisos I a VI constitui a exata dimensão do mandamento legal, o caput do referido parágrafo 17º, em se tratando dos referidos créditos. Reproduz os mencionados dispositivos regulamentares.

Continua, esclarecendo que o inciso IV, § 17, do Art. 93, do RICMS/1997, acima, quando se reporta ao critério de proporcionalidade, “pro rata die”, o faz para adequar o “período de apuração” à fração 1/48 avos, ou seja, a apropriação do crédito fiscal durante 04 anos, então se o período é maior que o mês, bimensal, por hipótese, a fração seria o equivalente a 2/48 avos; se o decêndio, a fração seria 1/3 de 1/48 avos, etc..

Discorre que o inciso VI, do Art. 93, do RICMS/1997, estabelece as condicionantes para a utilização da fração de 1/48 avos, no tocante aos créditos de ativo imobilizado: “serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo, na forma prevista no § 2º, do Art. 339, para aplicação do disposto nos incisos I a V deste parágrafo”. Cita que o critério, “pro rata die”, é objeto do inciso IV, do § 17º, do RICMS/BA/1997.

Continuando assinala que a alínea “e”, inciso II, do § 2º, Art. 339, do RICMS/1997, dispõe, literalmente: “e) quadro 4 - “Controle da Apropriação Mensal do Crédito”: destina-se à escrituração, nas colunas sob os títulos correspondentes do 1º ao 48º mês, o montante do crédito a ser apropriado que será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior; contendo os seguintes campos, descreve os campos correspondentes, inclusive o *pro rata die*.

Pontua que, por conseguinte, como se constata nos dispositivos legais, o critério “*pro rata die*”, se aplica aos diversos períodos de apuração. Destaca que apropriação dos créditos de ativo imobilizado requer a observância estrita de duas condicionantes: o percentual das saídas tributadas/saídas totais, e, a quantidade de dias em que o bem ficou em uso em cada mês. Assim, apenas argumentando, se a empresa adquire o bem e não o utiliza não poderá apropriar-se do crédito do imposto, independentemente de seu período de apuração do tributo, a não ser quando passe a utilizá-lo, proporcionalmente aos dias de uso do bem no mês. Mantém a infração.

No tocante à Infração 06, diz que o autuado informa que, após detida verificação sobre tal infração declina de sua defesa, concordando com o pagamento da mesma com redução de multa.

Aduz que as alegações da defendant quanto à infração 07, enfocam duas vertentes, a primeira versa sobre a duplicitade de cobrança do mesmo imposto, sobre o mesmo fato gerador, pelo

mesmo ente tributante por ser a fornecedora dos alimentos inscrita no Simples Nacional, e a segunda alegação versa, o seu direito a redução da base de cálculo em 30%, prevista no Art. 87, XX, do RICMS/BA.

Frisa que de referência a alegação de não ocorrer o diferimento sobre tais operações, para cobrança do destinatário, tido como contribuinte substituto, porque a fornecedora de alimentação é inscrita no Simples Nacional e não se aplicar, sobre esse novo regime de tributação (Simples Nacional), o instituto da substituição tributária, por diferimento, refuta imprópria tal assertiva, porque a mesma não encontra amparo nas disposições estabelecidas no Art. 343, XVIII, do RICMS/1997, que transcreve.

Informa que às empresas do Simples Nacional, é vedada a concessão de habilitação para operar no regime de diferimento, conforme disposto no Art. 343, § 2º e 4º, do RICMS/1997, excetuadas duas operações elencadas no Art. 393, do mesmo diploma legal, mas que não abrigam as operações praticadas pela fornecedora Nutri Refeições Coletivas.

Sustenta que é correto dizer-se que em outros fornecimentos de alimentação, que não a hipótese anterior, já que a responsabilidade pelo pagamento do tributo é do substituto tributário, por diferimento, a Nutri Refeições Coletivas poderia recolher o tributo pelo Simples Nacional ou pelo regime normal de tributação, aplicando a redução de Base de Cálculo estabelecida no Art. 87, XX, do RICMS/BA, nos fornecimentos “outros” de alimentação.

Salienta que o recolhimento do tributo pelo Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS, nas operações alcançadas pelo instituto da Substituição Tributária.

Assevera que quanto ao direito à redução da base de cálculo do imposto em 30%, na forma do Art. 87, XX, do RICMS/BA/1997, não está ao seu alvedrio, determinar qual a base de cálculo do tributo, haja vista a vinculação plena de sua atividade.

Informa que o próprio contribuinte substituído recolheu valor muito aquém do devido pelo contribuinte substituto, e, também, porque tal recolhimento não inclui o ICMS devido por Substituição Tributária, no caso, por diferimento. Assevera que esta infração é inteiramente procedente.

No tocante à Infração 08, diz que o autuado informa que, após detida verificação sobre tal infração declina de sua defesa, concordando com o pagamento da mesma, conforme documento de arrecadação estadual às fls. 796 e 797 do PAF. Constam às fls. 907 e 912, extrato SIGAT referente ao pagamento da parte reconhecida.

VOTO

Inicialmente, vale salientar que o autuado impugnou somente as infrações 01, 02, 03, 05 e 07, tendo informado nas razões de defesa que concorda com o pagamento das Infrações 04, 06 e 08 consubstanciadas no Auto de Infração. Providenciou o respectivo recolhimento, consoante detalhes de pagamento SIGAT, às fls. 907 a 912. Assim, considero procedentes os itens não contestados, e pagos os seus valores correspondentes, haja vista que não existe controvérsia.

Argui enquadramento equivocado da Infração 02 no inciso XII, do art. 97 do RICMS/97, quando o correto seria inciso IV, alínea “c”, § 2º, inciso III dos mencionados artigo e regulamento. Pela descrição dos fatos e pelos elementos trazidos aos autos sobre os quais o contribuinte tomou conhecimento e se defendeu, ficou evidente o enquadramento legal, e a empresa não pratica operações isentas ou não tributadas, nem alienou bens do ativo imobilizado antes de decorrido o quadriênio de sua aquisição. Não vislumbro vício para anulação da Infração 02. (art. 19 do RPAF/99).

Em sua defesa o contribuinte argüiu que a primeira infração não pode prosperar porque está respaldada na repercussão do PAF 206886.0011/05-4 e este está com sua exigibilidade suspensa por decisão em liminar proferida pelo MM. Juízo de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, constante dos autos do Mandado de Segurança nº 1880641-7/2008, confirmada em

segunda instância, pela Terceira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na Apelação Cível/Embargos de Declaração nº 0029265-54.2008.805.001-2, na Sessão Ordinária do dia 23/02/2010, que julgou o mandado de segurança, do PAF nº 206886.0011/05-4.

Examinando as peças do processo, sem adentrar no mérito da ação impetrada, verifica-se, consoante relatado, que a concessão da liminar em mandado de segurança fora deferida em juízo monocrático e confirmada em segunda instância, para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, oriundo do Auto de Infração nº 206886.0011/05-4, no sentido de que o Estado da Bahia por seus procuradores se abstinha de prosseguir com a cobrança judicial do referido crédito tributário. Esta foi a determinação judicial.

Saliento que o autuado não trouxe aos autos prova da decisão final de julgamento do mérito da mencionada ação a seu favor, lhe concedendo o direito de fazer uso de crédito fiscal de aquisição de mercadorias para integrar o seu ativo imobilizado por acessão física. Portanto, no meu entendimento, a decisão prolatada em sede de liminar, não impede que sejam adotados pela fiscalização procedimentos no sentido de se realizar lançamento de ofício do crédito tributário, para resguardar o direito ao Estado de interpor futura ação de execução, contra o sujeito passivo, caso o mencionado mandado de segurança no julgamento de mérito, tenha sua decisão favorável ao erário. Reputo correto o procedimento fiscal.

Foi argüido pelo contribuinte que está se cobrando equivocadamente ICMS referente a créditos ocorridos há mais de 5 anos, dessa autuação, quando já haviam sido homologados tacitamente todos os lançamentos por homologação, ocorridos até agosto de 2005, sem que a Fazenda Pública, no período de 5 anos, a contar da ocorrência do fato gerador, tenha se pronunciado sobre os mesmos, citando em seguida para defender a sua tese, o art. 150, e o seu § 4º, bem como o contido no art.173, inciso I do Código Tributário Nacional, além de entendimento do STJ consoante relatado linhas acima.

Ressalte-se que o CONSEF/BA, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

É oportuno ressaltar que o art. 150, parágrafo 4º do CTN confere à Lei competência para fixar prazo de homologação. No Estado da Bahia isso foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu parágrafo 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No presente caso, o Auto de Infração foi lavrado no dia 30 de julho de 2010, e os créditos exigidos referem-se a valores consignados em seu livro Registro de Apuração do ICMS relativos ao período de janeiro a dezembro de 2007. Portanto tinha a Fazenda Pública o prazo até 31/12/2012, para efetuar o referido lançamento. Isto posto, não acolho, por conseguinte, a preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo.

No mérito a Infração 01, trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Créditos fiscais utilizados indevidamente nas aquisições para o ativo imobilizado, por acessão física, em decorrência da apropriação dos créditos acumulados no CIAP, na proporção 1/48, sem o ajuste no mencionado livro CIAP decorrente do lançamento objeto do PAF nº 206886.0011/05-4, com repercussão no exercício de 2007.

Conforme apurado no Auto de Infração de nº 206886.0011/05-4, lavrado anteriormente, o autuado utilizou indevidamente a parcelas mensais de 1/48 dos créditos acumulados do livro CIAP, tendo em

vista que incluiu materiais adquiridos, aplicados no ativo imobilizado por acessão física no exercício de 2003, não tendo sido corrigido o saldo dos créditos acumulados até aquele exercício, consequentemente houve repercussão no exercício de 2007 em razão do contribuinte não ter efetuado os necessários ajustes.

Portanto, foram glosados os créditos fiscais relativos às aquisições de materiais de construção e os respectivos serviços de transporte desses materiais, na constância do exercício de 2003, empregados em obras de benfeitorias e ampliação da unidade fabril, imóvel que integra o ativo permanente, porque são operações alheias à atividade fim do estabelecimento, não ensejando direito aos créditos fiscais destacados nos documentos fiscais.

Embora o autuado tenha impugnado o presente lançamento com o argumento de que o entendimento da fiscalização não tem como prosperar, e que é totalmente improcedente porque está respaldado inteiramente na repercussão do PAF nº 206886.0011/05-4, observo que o Auto de Infração lavrado anteriormente já foi objeto de julgamento pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, conforme voto proferido no Acórdão CJF 0184-11/07 (fls. 133 a 136 do presente PAF), parcialmente reproduzido a seguir:

"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 freqüência, 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".

Observo que no âmbito deste CONSEF, já houve decisão quanto ao fato apurado no presente lançamento de que, efetivamente, houve utilização indevida de crédito fiscal no exercício de 2003, e por isso, o autuado deveria proceder aos ajustes no CIAP dos saldos acumulados nos exercícios subsequentes, inclusive o de 2007, alvo desta imputação, o que não foi feito, resultando na lavratura do presente Auto de Infração.

Observo que o autuado não contesta os números levados a efeito nos demonstrativos que embasaram a autuação bem como os valores consubstanciados no presente Auto de Infração.

Do exposto acima, restou demonstrado que o procedimento fiscal está correto, portanto esta infração é subsistente.

Na infração 02, ocorreu a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, tendo o contribuinte feito uso de crédito referente às entradas de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, por acessão física, à razão de 1/48 avos, referente a materiais de construção e ao galpão metálico para cobertura da área de combustível do forno.

Ao se insurgir contra a parcela da exigência concernente à incorporação de bens por acessão física, o impugnante alegou que as mercadorias “calha de interligação para alimentação do moinho”, “suporte de sustentação para transformador”, “duto de descarga do elevador de silo”, “módulo para transportador de correia”, “galpão de cobertura da área de combustível do forno”, módulo suporte elevado, vigas/suportes e “conjunto de disjuntor”, não são alheias à atividade do estabelecimento, porque estão diretamente relacionadas com o processo de industrialização de cimento, qualificadas de bens do ativo permanente que não são adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento ou especulação, entendendo ser legítimo o crédito do ICMS, decorrente da aquisição das mesmas, não por acessão física, pois não se incorporam fisicamente à estrutura imobiliária da fábrica, apresentando em seguida, esclarecimentos sobre o local de uso, o objetivo e a finalidade das mencionadas mercadorias, fls. 84 e 85.

O autuante, por sua vez, consignou que muito embora aqueles materiais se encontrem relacionados de alguma forma ao processo industrial, são bens e materiais de construção que se integram à estrutura metálica da fábrica, sendo imobilizados por acessão física.

Coaduno inteiramente com o entendimento oferecido pelo preposto fiscal, haja vista que não se pode admitir que, pela sua descrição, aqueles bens sejam considerados como integrantes do ativo imobilizado do estabelecimento. Mesmo porque, considerando-se o seu local de uso e a sua finalidade, fica evidente que integram o patrimônio imobiliário do contribuinte, desde quando são empregados diretamente na estrutura física dos imóveis e do maquinário existente no estabelecimento, o que representa uma ampliação da empresa, classificando-se, assim, como um bem imóvel por acessão física, sendo alheio, desta forma, à atividade do estabelecimento, não gerando, por consequência, direito à apropriação de crédito fiscal, em conformidade com o disposto no art. 97, inciso IV, alínea “c”, § 2º, inciso III do RICMS-BA, transcritos a seguir:

“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.”

Concluo, deste modo, restar caracterizada a irregularidade apontada pela fiscalização, quanto à parcela da exigência atinente ao crédito fiscal referente à aquisição dos materiais acima indicados.

No tocante à Infração 03, o contribuinte foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, por tê-los enquadrado como se fossem destinados ao seu ativo imobilizado.

Ao se insurgir contra a exigência, o impugnante discriminou o local de uso e a destinação de cada uma das mercadorias atinentes à autuação, aduzindo que pelas suas características, não são consideradas como bens de uso e consumo, por se destinarem à manutenção da atividade fim do estabelecimento, por tratar-se de aquisição de ativo imobilizado, gerando a possibilidade de crédito do imposto, à razão de 1/48 avos por mês.

Comungo, mais uma vez, com o posicionamento externado pelo autuante, haja vista que, conforme discriminado pelo próprio sujeito passivo, às fls. 864 a 883, as mercadorias se referem a itens tais como: unidade evaporadora, chapa aquecedora, tachinha bidirecional amarela, martelo, correia transportadora, abraçadeira roda/lisa/corrente/seg., silo para balança, detector de metais industriais, filtro redondo EZ, base do moinho de cimento, programador eletrônico, conjunto de cabine para elevador com inversor de freqüência, chapas de revestimento do moinho, válvula de guilhotina pneumática, válvula rotativa, vigas/suportes, borracha de vedação, bomba, válvula rotativa, equipamento para laboratório, etc.. Apesar desses materiais se destinarem à manutenção da atividade fim do estabelecimento, como se destinam à reposição de materiais e peças de equipamentos ou partes de equipamentos da sua planta industrial, são classificados como materiais de uso e consumo, estando correta a exigência do imposto que foi indevidamente utilizado como crédito fiscal.

Ressalto, inclusive, estar consolidado o entendimento acima na jurisprudência deste CONSEF, de acordo com reiteradas decisões, na primeira instância e confirmadas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal, a exemplo dos Acórdãos JJF 0032-04/08, CJF 0201-11/06 e CJF 0129-11/07.

Com base no acima exposto, o lançamento correspondente à infração 03, do modo como foi calculado pelo autuante, está correto, o que torna a exigência totalmente pertinente.

Na Infração 05 a acusação é de que o contribuinte utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, à razão de 1/48 avos, devido a erro no modelo do livro CIAP utilizado para escrituração, faltando a coluna referente ao critério de proporcionalidade/dia de utilização do bem no estabelecimento.

O sujeito passivo negou o cometimento da infração, alegou que não houve erro no modelo CIAP utilizado para escrituração, afirmando que o seu regime de apuração do ICMS é mensal, aduziu que não se aplica no modelo do CIAP mais uma coluna referente ao critério de proporcionalidade/dia de utilização do bem em seu estabelecimento.

Examinando os demonstrativos que embasaram a autuação, verifico que no período levantado ficou demonstrado que o contribuinte se apropriou de crédito fiscal registrado no CIAP em valor resultante de apropriações e rateios realizados sobre a quantidade de dias total do mês, em períodos em que a quantidade de dias em que o bem ficou em uso foi inferior a um mês. Portanto, ao contrário do que alegou o sujeito passivo, restou demonstrado que no período levantado o contribuinte se apropriou de crédito fiscal registrado no CIAP em valor superior ao permitido pela legislação, posto que no rateio levado a efeito no mencionado livro a quantidade de dias em que o bem passou a ser usado no ativo imobilizado foi inferior a um mês, conforme planilhas às fls. 262 a 266 e 473 a 479. (Alínea “e”, inciso II, do § 2º do art. 339 do RICMS/97).

Isto posto restou demonstrado que está correto o crédito tributário lançado pela fiscalização, consubstanciado no Auto de Infração. Infração subsistente.

A Infração 07 se originou da falta de recolhimento do ICMS, em razão da condição do autuado de responsável pelo imposto deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários. O contribuinte alegou ter ocorrido cobrança em duplicidade do imposto, sob a assertiva de que sendo o fornecedor empresa de pequeno porte, inscrita no Simples Nacional, no fornecimento de alimentos não haveria deferimento do imposto, para cobrança do destinatário, tendo em vista que o ICMS já teria sido recolhido, com base no regime de apuração de ICMS em

função da receita bruta. Pleiteou pela aplicação da redução da base de cálculo de 30%, prevista no art. 87, inciso XX do RICMS/BA.

Contestando os argumentos defensivos, o autuante salientou que as disposições estabelecidas no inciso XVIII do art. 343 se referem aos fornecimentos de refeições por quaisquer contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, não excepcionando qualquer estabelecimento do regime de diferimento. Lembrou, ainda, ser vedada às empresas do Simples Nacional a concessão de habilitação para operar no regime de diferimento. Concluiu que com base no art. 386 do RICMS, o recolhimento do tributo pelo Simples Nacional não exclui a incidência nas operações alcançadas pela substituição tributária.

Saliento que em conformidade com o disposto no art. 343, inciso XVIII do RICMS-BA, o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições a estabelecimento de contribuinte, destinados ao consumo por parte de seus empregados, fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento adquirente. Por outro lado, o art. 438 do RICMS/97 estabelece que o contribuinte que adquirir as refeições efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, na condição de responsável solidário, o que afasta a afirmação defensiva de que a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS em questão não seria do autuado. Também com base nesse dispositivo regulamentar, fica descaracterizada a argumentação de que a exigência tributária importaria cobrança em duplidade do imposto.

Observo que o autuado não contestou que as refeições relacionadas nas notas fiscais objeto do lançamento foram destinadas ao consumo de seus empregados.

Saliento que, como os alegados pagamentos de ICMS efetuados pelo fornecedor no período compreendido pela autuação foram realizados na condição de empresa optante pelo regime do SimBahia, descabe a alegação defensiva, de *bis in idem*, haja vista que não há como vincular os mencionados recolhimentos mensais com os valores dos débitos do imposto que está sendo cobrado. Mesmo porque em todos os meses abrangidos pela autuação os recolhimentos efetuados pela referida empresa (fornecedor das refeições) ocorreram em valores substancialmente inferiores àqueles correspondentes às aquisições efetuadas pelo impugnante. Ademais, como o autuado era o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, não pode alegar desconhecimento da legislação aplicável ao caso e nem da situação cadastral do seu fornecedor.

Consigno que apesar das alegações de que o fornecedor seria optante pela apuração com base na receita bruta, não consta nos cadastros da SEFAZ que esse contribuinte apurava o imposto dessa forma. Tal fato não é verdadeiro, pelas razões aduzidas acima.

Assim, concluo que o fornecedor das refeições, ao contrário do quanto sustentado na defesa, não recolheu o ICMS relativo às operações de venda para o contribuinte autuado, ou seja, nem recolheu o imposto referente ao fornecimento das refeições atinentes às Notas Fiscais que embasaram a autuação, nem o imposto exigido neste Auto de Infração, inociorrendo portanto o alegado *bis in idem*. No entanto, quanto à alegação do sujeito passivo de que faria jus à redução da base de cálculo no montante de 30%, entendo que lhe assiste razão, tendo em vista que a disposição contida no inciso XX do art. 87 do RICMS/BA, não estabelece nenhuma condição para a concessão desse benefício. Assim, refaço os cálculos correspondentes, para deduzir dos montantes apurados aquele percentual, de modo que a infração 03 resta parcialmente caracterizada, no valor de R\$55.046,03, assim demonstrada.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 07					
Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo No Auto de Infração	Base de Cálculo Reduzida em 30%	Aliq %	ICMS Devido
26/01/2007	09/02/2007	29.014,20	20.309,94	17,00	3.452,68
26/02/2007	09/03/2007	27.675,00	19.372,50	17,00	3.293,32
26/03/2007	09/04/2007	34.402,33	24.081,63	17,00	4.093,87

ESTADO DA BAHIA
 SECRETARIA DA FAZENDA
 CONSELHO DE FAZENDA/ESTADUAL (CONSEF)

26/04/2007	09/05/2007	30.092,41	21.064,68	17,00	3.580,99
26/05/2007	09/06/2007	29.431,31	20.601,91	17,00	3.502,32
26/06/2007	09/07/2007	19.563,40	13.694,38	17,00	2.328,04
26/07/2007	09/08/2007	13.349,68	9.344,77	17,00	1.588,61
26/08/2007	09/09/2007	15.738,81	11.017,16	17,00	1.872,91
26/09/2007	09/10/2007	16.062,17	11.243,51	17,00	1.911,39
26/10/2007	09/11/2007	16.524,74	11.567,31	17,00	1.966,44
26/11/2007	09/12/2007	19.079,62	13.355,73	17,00	2.270,47
26/12/2007	09/01/2008	16.059,20	11.241,44	17,00	1.911,04
29/01/2008	09/02/2008	16.071,49	11.250,04	17,00	1.912,50
27/02/2008	09/03/2008	14.990,82	10.493,57	17,00	1.783,90
26/03/2008	09/04/2008	13.639,68	9.547,77	17,00	1.623,12
28/04/2008	09/05/2008	17.288,47	12.101,92	17,00	2.057,32
28/05/2008	09/06/2008	15.739,25	11.017,47	17,00	1.872,96
26/06/2008	09/07/2008	17.360,03	12.152,02	17,00	2.065,84
26/07/2008	09/08/2008	15.817,35	11.072,14	17,00	1.882,26
27/08/2008	09/09/2008	16.843,34	11.790,33	17,00	2.004,35
27/09/2008	09/10/2008	17.799,43	12.459,60	17,00	2.118,13
27/10/2008	09/11/2008	15.356,79	10.749,75	17,00	1.827,45
27/11/2008	09/12/2008	17.168,78	12.018,14	17,00	2.043,08
26/12/2008	09/01/2009	17.504,58	12.253,20	17,00	2.083,04
Total					55.046,03

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206917.0004/10-2**, lavrado contra **CCB – COMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$266.786,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR