

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0039/08-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e UCAR PRODUTOS DE CARBONO S/A.
(GRAFTECH BRASIL LTDA.)
RECORRIDOS - UCAR PRODUTOS DE CARBONO S/A. (GRAFTECH BRASIL LTDA.) e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0025-01/11
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 22/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0041-12/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a-1) OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. a-2) OPERAÇÕES INTERNAS. A confirmação através de diligência que os materiais adquiridos se destinam ao uso e consumo do estabelecimento torna as infrações caracterizadas. a-3) SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Imputação elidida através da demonstração, pelo contribuinte, quanto à correção dos lançamentos realizados. Infração desconstituída. b) UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. A exclusão, por meio de diligência, de valores corretamente lançados na escrita fiscal, reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. REMESSA PARA CONSENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo elide a imputação, juntando a nota fiscal relativa ao retorno dos materiais enviados para conserto. Infração insubstancial. Vencido o voto relator quanto à nulidade das infrações 1, 2 e 3. Decisão por maioria. Recurso de Ofício PARCIALMENTE PROVIDO. Recurso Voluntário NÃO PROVIDEDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 1ª JJF que julgou Parcialmente Precedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado, a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 29/05/2008, exige ICMS no valor de R\$159.766,31, acrescido da multa de 60%, em decorrência de sete infrações, contudo, objeto do Recurso de Ofício são as infrações 2, 4 e 7, enquanto que objeto do Recurso Voluntário são as infrações 1 e 3, abaixo elencadas:

Infração 01: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2004 e de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$69.301,77. Consta que se refere a aquisições em outras unidades da Federação de mercadorias destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento, manutenção e/ou conservação de bens do ativo imobilizado e incorporadas por acesso físico às instalações e edificações da planta industrial, conforme Demonstrativos de Auditoria do CIAP e Crédito Indevido-CIAP-UF (às fls. 87 a 120);

Infração 02: utilizou crédito fiscal de ICMS, relativo à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de fevereiro, março, agosto, outubro e novembro de 2004, sendo exigido o imposto no valor de R\$6.774,25. Consta que se refere a aquisições em outros estados de mercadorias destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento, manutenção e/ou

conservação de bens do ativo imobilizado e incorporadas por acesso física às instalações e edificações da planta industrial, conforme Demonstrativos de Auditoria do CIAP e Crédito Indevido-CIAP-UF (fls. 87 a 120);

Infração 03: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2004 e de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$54.281,63. Consta que se refere a aquisições no Estado da Bahia de mercadorias destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento, manutenção e/ou conservação de bens do ativo imobilizado e incorporadas por acesso física às instalações e edificações da planta industrial, conforme Demonstrativos de Auditoria do CIAP e Crédito Indevido-CIAP-BA (fls. 87 e 120 a 165);

Infração 04: deixou de recolher o ICMS, em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, no mês de dezembro de 2005, exigindo imposto no valor de R\$1.509,56. Consta que se refere à Nota Fiscal nº. 35.696, emitida em 26/12/2005, regularmente escriturada nos livros fiscais;

Infração 07: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, no mês de dezembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$26.579,42. Consta que se refere a lançamentos no livro Registro de Apuração do ICMS no montante de R\$36.698,59, tendo sido estornado o valor de R\$10.119,17, conforme Demonstrativo de Auditoria do Conta Corrente do ICMS.

A 1ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, pela parcial procedência da autuação, considerando caracterizadas as infrações 1, 3, 5 e 6, parcialmente mantida a infração 2, e improcedentes as infrações 4 e 7, tudo para exigir do autuado o pagamento do imposto no valor de R\$125.195,92, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “f”, e inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Segue abaixo transcrição do voto proferido pelo i. relator da 1ª JJF, *in verbis*:

(...)

“Observo que através do presente Auto de Infração foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de sete irregularidades, dentre as quais o autuado acatou expressamente as infrações 05 e 06, tendo, inclusive, efetuado o recolhimento dos montantes exigidos.

(...)

Quanto às infrações 01 e 03, verifico que decorreram da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em relação a mercadorias adquiridas para uso ou consumo do estabelecimento, manutenção e ou conservação de bens do ativo imobilizado e incorporadas por acesso física às instalações da planta industrial e consideradas como sendo destinadas a integrar o ativo permanente do estabelecimento. Enquanto o primeiro item se refere a aquisições interestaduais, o seguinte trata de compras dentro do Estado da Bahia.

Ao discordar destas duas imputações, o impugnante argumentou que os materiais arrolados na autuação tinham sido adquiridos visando a execução de novas instalações na sua sede, objetivando o aumento da vida útil de seus equipamentos, ou, ainda, a modernização e melhoria de eficiência e/ou qualidade e/ou segurança de sua planta, redução dos custos de industrialização, ou para atender outros projetos específicos que envolveram bens do ativo imobilizado, procedendo, desse modo, aos registros contábeis na conta do ativo imobilizado

Saliente que considerando as alegações do autuado de que os bens em questão se destinavam ao seu ativo imobilizado, atendendo projetos específicos, trazendo ao processo elementos novos, não apreciados pelo autuante durante a ação fiscal, quando pleiteou uma análise dos seus registros contábeis e uma verificação em seu estabelecimento, para que fossem avaliados os seus procedimentos, e tendo em vista que o autuante se posicionou favorável à realização de uma revisão no lançamento, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência, inicialmente ao próprio autuante. Como o Auditor Fiscal acostou novos demonstrativos e sugeriu que a revisão fosse feita por preposto fiscal estranho ao feito, foi, então, promovida nova diliggência, dessa feita à ASTEC/CONSEF, para que Auditor Fiscal, após analisar todos os elementos necessários, efetuasse a revisão fiscal, excluindo das exigências em questão os bens que comprovadamente tivessem sido destinados a compor o ativo imobilizado do contribuinte, desde que não integrassem o imóvel por acesso física.

Ao emitir o Parecer Técnico nº 135/2010, o Auditor Fiscal João Vicente Costa Neto explicou, de forma bastante elucidativa e detalhada, como os referidos bens são adquiridos, passando por processos de levantamento de necessidades por área de atuação do estabelecimento, com as compras sendo efetivadas somente após emissão e aprovação de Ordem de Serviço (OS), direcionada para cada área ou serviço ou equipamento da empresa. Trouxe respostas a questionamentos apresentados ao autuado, as quais se fizeram acompanhar de planilhas que esclarecem sobre a destinação dos materiais adquiridos e relacionados à autuação.

Por fim, o diligente expressou sua opinião a respeito da questão, realçando que as considerações do autuado sobre as questões que lhe foram apresentadas, aliado à falta de contestação do autuante sobre os argumentos defensivos, bem como com base nos documentos acostados aos autos, induziam a concluir que as mercadorias relacionadas a essas infrações se destinaram a compor o ativo imobilizado, deixando, porém, de se manifestar conclusivamente, por se tratar de uma questão de mérito.

Para o deslinde do problema em discussão, ressalto, inicialmente, que a realização das diligências se prestou, primordialmente, a atender a duas situações: a primeira, para acatar o pleito do autuado, desde quando foi trazida junto à peça defensiva farta documentação, além de ter sido afirmado quanto à existência de uma quantidade ainda maior de elementos de prova, sendo que em relação a todos eles o agente do fisco não tomara conhecimento durante a ação fiscal, atendendo-se, assim, aos princípios da ampla defesa e do contraditório de forma plena. Tanto é assim, que o próprio autuante em duas oportunidades se manifestara favorável à realização de revisão fiscal; o outro ponto que convergiu no sentido da efetivação da análise das provas e dos argumentos defensivos, se voltou a oferecer aos julgadores uma segurança quanto a todos os fatos em litígio, tendo em vista se tratar de matéria polêmica.

Consigno que os esclarecimentos e as provas disponibilizados pelo impugnante, em atendimento à intimação da ASTEC, assim como as ponderações oferecidas pelo diligente, se mostraram de suma importância na definição do meu posicionamento, muito ajudando na formação de minha convicção a respeito do assunto.

Observo que nas planilhas de fls. 482 a 552, que se referem a cada uma das Ordens de Serviço (OSs) vinculadas à autuação, constam os detalhes referentes a cada aquisição efetuada pelo contribuinte, voltada para cada projeto da empresa, estando descritos os motivos, as áreas de aplicação, os serviços realizados, as notas fiscais de compra e os materiais envolvidos. Relevante registrar que nessas planilhas se encontram apontadas todas as notas fiscais objeto da autuação.

Após uma verificação dessas provas, constato que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal se referiram a materiais diversos, a exemplo de perfilados, transmissores, cilindros hidráulicos, portas, telhas, diversos tipos de conexão ou peças de uso hidráulico e elétrico, brocas de aço, jaquetas de proteção, termômetro, bomba dosadora, motores, rack, barra chata, cantoneiras, garfo para empilhadeira, chapas de aço, eletrodutos, mangueiras, cimento, vigas, tintas, piso, etc.

Pelas suas características intrínsecas, esses materiais são tipicamente considerados como bens de uso e consumo, por serem adquiridos para aplicação em estruturas já existentes no estabelecimento ou na formação de novas construções, como na “aplicação da coluna de cozimento”, na “substituição de telhado”, na “melhoria da eficiência de equipamentos” e em sistemas variados; as mercadorias também se destinaram a projetos novos, como no caso de compras de disjuntores, barras de cobre e bobinas, visando a substituição de disjuntores em subestação ou nas aquisições de tubos, conexões, grampos e racks, voltados para a instalação de válvulas guilhotinas nos carros das balanças. Resta claro, de maneira evidente, que, efetivamente, todas essas mercadorias devem ser classificadas como bens de uso e consumo, tendo sido aplicados no próprio estabelecimento.

Também existem materiais que podem ser classificados como outro tipo de mercadorias, constituindo-se em bens que se destinam à utilização pelo corpo funcional da empresa, podendo ser tanto usados em escritórios, como na própria área industrial, o que não modifica a sua finalidade, em termos de verificação se deveriam ser considerados como destinados a integrar o ativo imobilizado do estabelecimento ou não. Também aqui, concluo, sem sombra de dúvida, que estes materiais são tidos como bens de uso e consumo, de forma diversa daquela expressada pelo autuado.

Ressalto que o fato de o contribuinte ter demonstrado que no controle contábil relativo às aquisições desses materiais, os valores dos bens aplicados são lançados a “crédito” da conta Ativo Imobilizado em Andamento e a “débito” da conta Ativo Imobilizado, propriamente dita, não se presta a desconstituir a autuação, haja vista ter ficado comprovado que todos os bens em questão são caracterizados como de uso e consumo ou incorporados por acesso físico, não destinando-se, portanto, a compor o seu ativo imobilizado, mesmo porque, o fato de os referidos bens, nas palavras do autuado, se referirem a “partes e peças que compõe um projeto de imobilização” não se mostra aceitável para justificar que sejam considerados realmente como pertencentes ao seu ativo imobilizado.

Assevero que em razão da sua utilização, todas as citadas mercadorias, devem ser considerados ou como materiais de uso e consumo ou como integrantes do patrimônio imobiliário do contribuinte, referindo-se, neste caso, aos materiais que 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 bens imóveis por acesso físico, sendo alheios, desta forma, à atividade do estabelecimento, não gerando, por via de 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.”

Em reforço ao quanto dito acima, o art. 93, inciso V, alínea “b” do mesmo Regulamento, determina que somente será admitido o crédito fiscal “a partir do prazo previsto na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, [sobre os materiais destinados] ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação”.

No que concerne ao julgado utilizado pelo autuado em favor de sua tese, saliento que não se refere a uma situação idêntica à questão aqui analisada, haja vista que naquele caso ficou comprovado que uma parte dos materiais objeto da autuação se referiu, efetivamente, a bens do ativo imobilizado e a insumos, o que não ocorreu na situação em lide.

Ressalto, inclusive, estar consolidado este entendimento na jurisprudência deste CONSEF, de acordo com reiteradas decisões, na primeira instância e confirmadas pelas Câmaras de Julgamento, a exemplo dos Acórdãos CJF 0032-04/08, CJF 0028-21.09, CJF 0288-11.08 e CJF 0143-11.09, sendo que destes dois últimos transcrevo trechos dos votos proferidos respectivamente pelos eminentes Conselheiros Sandra Urânia Silva Andrade e Fernando Antonio Brito de Araújo:

Acórdão CJF nº. 0288-11.08:

“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 doura 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, rosca (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.”

Acórdão CJF nº. 0143-11.09:

“Inerente à sexta infração, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de mercadorias indevidamente contabilizadas como ativo permanente, através dos documentos apensados aos autos, às fls. 511 a 682, verifico tratarem-se de peças de reposição de equipamentos, caracterizadas como materiais de consumo, a exemplo de: válvula de controle, válvula diafragma, bomba de vácuo, transmissor de temperatura, cabeçote de alumínio, indicador de nível, tecido, manta, cabo notebook, cabo de segurança, caixa de junção e luminária, manômetros, flange, rele, balança analítica, etc. Portanto, conforme já firmado, a legislação prevê o direito de crédito de materiais de uso ou consumo do estabelecimento só a partir de janeiro de 2011. Exigência subsistente.”

Com base no acima exposto, o lançamento correspondente às infrações 01 e 03, do modo como foi calculado pelo autuante, está correto, o que torna as exigências totalmente pertinentes.

A infração 02 também se originou da acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à entrada de bem destinado ao ativo immobilizado, porém neste caso sob a acusação de apropriação de valor superior ao permitido pela legislação. Considerando que ao atacar essa infração, o impugnante alegou que de acordo com os próprios demonstrativos fiscais, não incorreria na irregularidade que lhe fora atribuída, na mencionada diligência foi solicitado que fosse revista toda a documentação correspondente, com a elaboração, se fosse o caso, de novo demonstrativo com os valores efetivamente devidos.

Vejo que ao realizar a diligência, o Auditor Fiscal da ASTEC trouxe aos autos os esclarecimentos necessários ao deslinde da questão, os quais acato em sua inteireza. Assim é que, após verificar as notas fiscais e o documento CIAP, analisou os valores dos créditos do ICMS apropriados em relação a cada uma das notas fiscais consignadas no levantamento fiscal, o que lhe permitiu visualizar as possíveis ocorrências de equívocos por parte dos fornecedores, que, segundo a acusação, em operações interestaduais teriam destacado a alíquota interna e não a interestadual.

Sobre as Notas Fiscais de nºs 78.337, 84.667, 88.660 e 88.320 oriundas do Estado do Paraná, atestou que lhe foi destacado o ICMS à alíquota de 7%, sobre base de cálculo correta, uma vez que as mercadorias se referiam ao Convênio ICMS 74/79, que trata sobre tintas e vernizes, e que lhe atribui ao estabelecimento industrial a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS pelas entradas para uso e consumo pelo destinatário. Tendo em vista que as mercadorias foram adquiridas para consumo, o fornecedor agiu de forma correta ao destacar o ICMS normal à alíquota de 7% e o ICMS relativo à diferença de alíquota, em 10%.

Também no caso das Notas Fiscais de nºs 820.037, 820.222, 820.223 e 823.107, procedentes do Estado do Rio de Janeiro, que apresentam destaque do ICMS na alíquota de 17%, entendeu estarem corretas, pois as mercadorias estão previstas no Convênio ICMS 112/93, que versa sobre derivados de petróleo, combustíveis e lubrificantes, e estabelece que o remetente está obrigado a reter o imposto, na qualidade de substituto, repassando-o ao estado destinatário, no caso à Bahia. Como o fornecedor atendeu ao previsto nesse acordo, agiu acertadamente.

Assim, apenas sobre a Nota Fiscal nº. 034.538 (fl. 657), originária do Estado do Espírito Santo, deve ser mantida a exigência, uma vez que o ICMS foi destacado corretamente, com a alíquota de 12%, tendo o autuado se apropriado de um crédito, no CIAP (fl. 656), com a alíquota de 17%, quando deveria ter usado o crédito de 12%, efetuando outro lançamento de crédito referente à diferença de alíquotas. Como não há comprovação quanto ao recolhimento da diferença de alíquota quando da entrada da mercadoria no estabelecimento, não se justifica a apropriação do crédito integral de 17%.

Em sua conclusão, com a qual coaduno inteiramente, o diligente apontou o valor definitivo do débito que deve ser exigido para esta infração 02, no montante de R\$292,84, que corresponde ao mês de outubro de 2004. Observo que apesar de ter se equivocado quando mencionou que o percentual relativo à diferença de alíquota seria de 10%, o que, inclusive, foi motivo de contestação por parte do contribuinte, assevero que ao proceder ao

cálculo do valor remanescente, o fez com o percentual devido (5%). Assim, a infração 02 fica mantida de forma parcial.

No caso da infração 04, a exigência decorreu da falta de recolhimento do ICMS, em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno. Em sua defesa, o impugnante anexou a Nota Fiscal nº. 039.187 (fl. 328), assegurando que se tratava do documento comprobatório do retorno ao seu estabelecimento do material enviado para conserto por meio da Nota Fiscal nº. 35.696, que fora objeto do lançamento fiscal.

Constatou que, efetivamente, assiste razão ao contribuinte, haja vista que se fazem presentes nos autos os elementos que resultam na desconstituição da autuação, fato, inclusive, também comprovado pelo diligente da ASTEC. Desta forma, a infração 04 resta descaracterizada.

Por fim, a infração 07 versou sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias. O autuado se insurgiu contra o lançamento, alegando que à luz da legislação correlata, faz jus ao crédito do valor do ICMS recolhido, em relação ao recebimento de serviços de comunicação, desde que a sua utilização resulte em operação de saída ou uma prestação de serviço para o exterior. E para comprovar seu argumento, juntou planilhas e página do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 329 a 355), apontando os cálculos levados a efeito quanto aos procedimentos em questão.

Verifico que, à vista das provas trazidas pelo sujeito passivo, o autuante as acatou, concordando com a pertinência das alegações e dos cálculos demonstrados pelo impugnante. Assim, e tendo em vista que de acordo com previsão contida no inciso IV, alínea "b" do art. 33 da Lei Complementar nº. 87/96, enseja direito a crédito o recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento, quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais, concluo que a imputação não tem pertinência.

Com base em todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, restando caracterizadas as infrações 01, 03, 05 e 06, ficando parcialmente mantida a infração 03 e improcedentes as infrações 04 e 07, cabendo a homologação dos valores recolhidos”.

A 1^a JJF, em razão de haver desonerado o contribuinte e em atenção ao disposto no art. 169, I, "a", 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00, recorre de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Em face da Decisão proferida pela 1^a JJF que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, o contribuinte retorna aos autos, fls. 759 a 766, para se insurgir contra a Decisão de primeiro grau que manteve integralmente a exigência das infrações 01 e 03, asseverando que a manutenção das referidas infrações contraria as provas dos autos, além de violar diversas normas que regem a matéria.

Com respeito ao direito ao crédito nas aquisições de bens para integrar o ativo imobilizado, refere-se ao Parecer ASTEC nº 135/2010. Diz que, embora as aquisições dos bens objeto do estorno de crédito, quando consideradas isoladamente pudessem - à primeira vista - sugerir a idéia de bens de uso e consumo, se consideradas conjuntamente, sobretudo porque “*foram adquiridos com vistas à execução de novas instalações na sede do autuado ou com o propósito de aumentar a vida útil de seus equipamentos, ou ainda de modernização e melhoria de eficiência e/ou qualidade e/ou segurança de sua planta, redução dos custos de industrialização, ou para atender outros projetos específicos que envolveram bens do seu ativo fixo. Em suma, são bens capitalizáveis!*”.

Frisa que a matéria mereceu diligência, *in loco*, determinada pela Junta de Julgamento Fiscal, e que tal diligência, diante dos elementos encontrados no estabelecimento do recorrente, concluiu que “*As considerações do autuado ao todo inquirido em relação à Infração 01 e 03, associada a falta de contraposição do autuante em relação aos argumentos defensivos contra as citadas infrações apresentadas pelo autuado na sua Manifestação de Defesa Administrativa, salvo melhor juízo, a luz das documentações acostadas ao presente processo administrativo fiscal, induz a concluir que as mercadorias objeto das notas fiscais relacionadas as referida infrações se destinam efetivamente a compor o seu ativo imobilizado.*” E que “*A análise dos lançamentos contábeis dos referidos Projetos, ao nosso vê (sic), indica efetivamente um processo de contabilização de imobilização com respeito a boa técnica contábil.*”

Aduz o recorrente que o Auditor Diligente assevera que “*Em visita técnica ao estabelecimento do autuado, pude observar, conforme conversa técnica com as áreas envolvidas ao objeto da*

Infração 01 e 03, é de que nenhum gasto de imobilização acontece dentro da organização sem a constituição de uma Ordem de Serviço que se constitui a partir do preenchimento do Formulário de Abertura de Projeto (FAP) e que, alem dos detalhamentos do Projeto anteriormente citados, devem constar uma Análise de Mudança com a sua consecução tipo: impacto no caixa, eficiência, disponibilidade, rendimento, qualidade, capacidade e redução de custos.”

Diz que, em que pese terem os julgadores de primo grau decidido no sentido de que os bens objeto das autuações escapam ao conceito de bens capitalizáveis e se enquadrariam na categoria de bens de uso e consumo, ou bens para manutenção e/ou conservação de bens do ativo fixo, o Auditor revisor (Parecer ASTEC) descreve claramente todos os procedimentos do autuado no que diz respeito à aquisição dos bens para integrar o seu ativo imobilizado, desde a abertura do respectivo projeto de imobilização até a conclusão do mesmo, com os lançamentos correspondentes em sua contabilidade.

Aduz o recorrente, repisando seus próprios argumentos, que na autuação foram relacionadas todas as notas fiscais que ensejaram o estorno do crédito do imposto, com destaque de todos os itens de bens adquiridos. Entretanto, entende que tais bens, isoladamente, não poderiam estar inseridos no conceito de bens do ativo fixo. Cita como exemplo chapas e barras de metais diversos, válvulas, tubos, eletrodutos, condutores, motores, cabines, cimento, vigas, tintas, piso etc. Insiste que as aquisições em voga não poderiam jamais ser analisadas sem que fosse considerada a finalidade de aplicação, pois, caso contrário, perder-se-ia o objetivo das aquisições, conforme dito alhures. Transcreve o art. 179 da Lei nº 6.404/76, e cita entendimento do IBRACON, para dizer que a natureza do bem que o erige à qualidade de Ativo Fixo de uma empresa é a sua destinação. Ou seja, é a finalidade de uso ou aplicação que o conduz à classificação de Ativo Imobilizado.

Comenta que no âmbito da tributação federal, o Regulamento do Imposto de Renda disciplina o regime contábil dos gastos relacionados com aquisições de bens que são ativáveis e os que não o são. Neste caso, além da finalidade do bem, a legislação federal adota o critério temporal.

Cita legislação e doutrina para asseverar que os gastos efetuados com vistas a melhorias e adições complementares aos bens do ativo fixo já existentes na empresa são também gastos ativáveis, que se adicionam ao valor do bem afetado.

Discorrendo a respeito da forma como procede internamente, diz que no caso em apreço, que cuida exatamente de bens diversos adquiridos pelo autuado com o fim de aplicá-los na manutenção das suas atividades, sem consumi-los, nem mesmo destiná-los à venda, de início, é contabilizado como débito na conta de imobilizado em construção, e que concluído o projeto, registra-se o crédito pelo valor total da referida conta de imobilizado em construção e os bens resultantes da execução do projeto são registrados, como contrapartida, pelos lançamentos a débito nas correspondentes contas do ativo imobilizado. Nessa esteira, a diligência fiscal realizada pelo Auditor Revisor - Parecer ASTEC nº 135/2010, diz que “*em todos os seus aspectos relevantes, confirma os argumentos vertidos pelo autuado em suas razões de defesa, no sentido de que as notas fiscais analisadas pelo autuante se referem a bens adquiridos para integrar o ativo fixo do autuado. E não poderia ser diferente!*”.

Diz que, em verdade, a essência da discussão travada em torno das infrações 1 e 3 atine à análise da finalidade das aquisições feitas pelo autuado, tudo com esteio na avaliação dos elementos de prova verificados nos registros contábeis do autuado, nos documentos já trazidos à colação e na perícia *in loco*. Nesta senda, assevera que da análise dos seus procedimentos e da documentação pertinente, e do próprio entendimento do fisco baiano, resta pacífico seu direito ao crédito pelas aquisições de bens integrantes do Ativo Fixo, o que também é assegurado ao contribuinte pela Lei Complementar 87/96.

Cita o Processo nº 298958.0003/01-9b como julgado paradigma neste CONSEF.

Pugna pelo conhecimento e Provimento do presente Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida, afastando a cominação dos ilícitos fiscais indicados nos Itens 1 e 3 do Auto de Infração em comento.

A PGE/PROFIS, em manifestação às fls. 772/774, pela ilustre procuradora Dra. Maria José Ramos Coelho, de início, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, ressaltando que as infrações objeto do Recurso Voluntário estão caracterizadas, e que as características intrínsecas das mercadorias listadas no levantamento fiscal indicam tratar-se de materiais de uso e consumo. Nesse sentido, entende que a própria descrição dos motivos da aquisição, das áreas de aplicação dos materiais, dos serviços executados e do conteúdo das notas fiscais de compras demonstra com clareza que as mercadorias devem ser classificadas como bens de uso e consumo.

Por fim, derredor do Parecer exarado pela ASTEC deste CONSEF, diz ter cunho meramente informativo, sem, portanto, vincular a formação do convencimento dos julgadores.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO (Quanto as nulidades das infrações 1, 2 e 3)

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 1ª JJF deste CONSEF tem por objeto reappreciar do Acórdão de nº 0025-01/11 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em relação às infrações de nº 2, 4 e 7, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão, em relação às infrações 1 e 3, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Com respeito ao Recurso de Ofício contra a Decisão que impôs sucumbência ao Estado pela improcedência das infrações 4 e 7, vejo que qualquer reparo merece a Decisão recorrida, entretanto, com relação à infração 2, entendo que considerações preliminares precisam ser feitas.

Na dita infração 2, percebo que sua indicação não encontra respaldo fático na descrição dos fatos a ela atribuídos. Em verdade, vejo que há uma grande incongruência. Explico: a acusação fiscal típica é de utilização de crédito fiscal de ICMS, relativo à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. De outra banda, a descrição dos fatos atinentes à infração típica diz que *“se refere a aquisições em outros estados de mercadorias destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento, manutenção e/ou conservação de bens do ativo imobilizado e incorporadas por acesso física às instalações e edificações da planta industrial, conforme Demonstrativos de Auditoria do CIAP e Crédito Indevido-CIAP-UF”*.

Ora, a exposição acima, sem maiores aprofundamentos, mesmo porque são desnecessários, aponta flagrante divergência entre o fato típico e a conduta infracional. Nesse sentido, considerando que a composição de uma acusação fiscal depende do perfeito enquadramento da conduta ao fato típico, entendo que não há como manter a exigência fiscal contida na infração 02, em razão da mais absoluta afronta aos ditames do art. 39 do RPAF/99, o que, por via de consequência enquadraria a acusação/infração no art. 18 do mesmo RPAF.

Por tudo isso, diante do fato de que não resta clara a imputação fiscal, o que ofende os princípios constitucionais do contraditório e à ampla defesa, e com arrimo no art. 18 do RPAF/99 que diz que são nulos os lançamentos de ofício que não contiverem elementos suficientes para se determinar, com segurança, o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, decreto, de ofício a nulidade da infração de número 2.

Mesma sorte teve a infração 4. O sujeito passivo trouxe elementos de prova que conduzem à improcedência da infração. Além do mais, a diligência realizada pela ASTEC também comprovou o alegado, de maneira que não restam dúvidas quanto à correção da Decisão de piso.

Referentemente à infração 7, o sujeito passivo fez juntar aos autos planilhas e página do livro Registro de Apuração do ICMS, apontando os cálculos levados a efeito quanto aos procedimentos em questão, tudo a corroborar seus argumentos. Neste caso, o próprio autuante acatou as razões da defendant, seguido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, mantendo a Decisão exarada quanto às infrações 4 e 7 e, de ofício julgo nula a infração 2.

Quanto ao Recurso Voluntário, em que pese haver a Junta de Julgamento Fiscal mantido parcialmente a infração 2 e integralmente as infrações 1 e 3, o recorrente se insurge tão-somente contra aquelas mantidas em sua inteireza, e que imputam ao recorrente a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

Esclarece o autuante que as mercadorias se referem a mercadorias adquiridas, fora e dentro do Estado, respectivamente, destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, manutenção e ou conservação de bens do ativo imobilizado e incorporadas por acesso física às instalações e edificações, conforme demonstrativo de auditoria do CIAP.

Nota, por primeiro, que as acusações contidas nas infrações 1 e 3, que diferem unicamente em relação à origem das mercadorias, estão capituladas no art. 97, XII do RICMS/BA, que tem a seguinte dicção:

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:

...
XII - quando se tratar de entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001, em relação (Lei nº 7710/00):

Por segundo, noto que a narrativa dos fatos conduz, como destacado pela Junta de Julgamento Fiscal, ao entendimento de que houve infração ao inciso IV, “c” c/c § 2º, III, do art. 97, que tem a seguinte dicção:

“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 acesso física.”

Importante frisar que o fundamento da Decisão de piso reside no fato de que as mercadorias que deram azo à imputação fiscal, “em razão da sua utilização, ... devem ser considerados ou como materiais de uso e consumo ou como integrantes do patrimônio imobiliário do contribuinte, referindo-se, neste caso, aos materiais que 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 bens imóveis por acesso física, sendo alheios, desta forma, à atividade do estabelecimento... ”.

Do que acabei de descrever, vejo que a tipificação indicada nas infrações 1 e 3 conduzem as imputações numa direção, enquanto que a descrição dos fatos conduzem noutra. Nesse mesmo sentido, observo que a Junta de Julgamento Fiscal direcionou a fundamentação da Decisão que proferiu na direção dos fatos (IV, “c” c/c § 2º, III, do art. 97) e não na direção das acusações feitas claramente com base no art. 97, XII.

Dos fatos acima narrados, entendo flagrante o atentado aos ditames do Capítulo III do RPAF/Ba que cuida do Auto de Infração, mais especificamente o art. 39, que diz que o Auto de Infração conterá, entre outras coisas, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta, o total do débito levantado, a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, etc.

A considerar que o fato típico diverge da conduta infracional, entendo que a imputação deixa de ser clara o suficiente a permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do Contribuinte, bem como impede o julgador de construir juízo de valor perfeito em torno da matéria que deve julgar. Desse modo, entendo que não há como se admitir que um Auto de Infração produza quaisquer efeitos contendo vícios da natureza daqueles aqui apontados, tudo porque não há como prosperar qualquer exigência que se funde em um Auto de Infração que acuse o Contribuinte do cometimento de infração com determinação turva, dúbia e com capitulação imprecisa ou incorreta. Pior, ainda, se considerarmos mudança do fulcro da autuação no, o que fere de morte os princípios constitucionais garantidores do contraditório e da ampla defesa, haja vista que impede o Contribuinte de saber de que deve efetivamente defender-se.

Não por menos, e com o fito de garantir ao Contribuinte o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, o art. 18 do mesmo RPAF/BA é de clareza solar quando diz que são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, como é o caso. São nulos também os lançamentos de ofício que não contiverem elementos suficientes para se determinar, com segurança, o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária que dão substância à infração, o que também é o caso.

Diante de tudo o quanto exposto, sobretudo diante da flagrante insegurança que reveste o lançamento de ofício em discussão, entendo que deve ser reformada a Decisão recorrida. Nesse sentido, de ofício, voto pela NULIDADE das infrações 1 e 3.

A rigor do art. 21 do RPAF/Ba, verificadas as possibilidades, inclusive quanto à decadência dos lançamentos, recomendo que seja renovada a ação fiscal a salvo de falhas aqui apontadas.

Vencido que fui quanto à nulidade das infrações 1, 2 e 3, devo me manifestar quanto ao mérito das mesmas.

Referentemente à infração 2, em que pese o Parecer exarado pela ASTEC deste CONSEF, totalmente acolhido pelo julgador “*a quo*”, indicar o deslinde da questão reduzindo a exigência fiscal original, vejo que as mercadorias objeto da autuação (tintas e vernizes, além de combustíveis e lubrificantes) não podem, por óbvio, ser enquadradas como bens a integrar o ativo imobilizado do recorrente. Em verdade, são, efetivamente, materiais de uso e consumo, o que determina que a autuação, como originalmente feita, está correta.

Dito isto restabeleço a exigência fiscal contida na infração 2, no valor de R\$6.774,25.

Quanto às infrações 1 e 3, vejo que não merecem reforma.

Por primeiro, destaco que as referidas infrações estão sendo entendidas e tratam de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o Ativo Permanente do estabelecimento, nos meses indicados. Ou seja, o que se exige nas infrações em comento é o imposto apropriado mensalmente pelo recorrente em relação a mercadorias pertencentes ao seu ativo imobilizado e lançado anteriormente no CIAP - Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente.

O autuante aponta, com base no livro CIAP, que o recorrente escriturou diversas mercadorias e/ou produtos não pertencentes ao ativo imobilizados da empresa, mensalmente, e de acordo com a legislação de regência (1/48 avos), estava se apropriando dos mesmos como créditos fiscais para abatimento do imposto mensal devido.

A tese de defesa do recorrente nega a acusação fiscal, afirmando que é possuidor legítimo destes créditos, pois pertencentes ao seu ativo imobilizado, adquiridos para aumentar a vida útil dos seus equipamentos, ou ainda, para modernização e melhoria de eficiência e/ou qualidade e/ou segurança de sua planta, redução dos custos de industrialização, ou para atender outros projetos específicos que envolveram bens do seu ativo fixo. Nessa esteira, afirma que os “bens” em questão são capitalizáveis, não podendo ser considerados sem que seja levada em conta a finalidade de aplicação.

A matéria em comento é tratada pela LC 87/96, e lá, dispondo sobre créditos, está estabelecido em seu art. 20, § 1º, que não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços alheios à atividade do estabelecimento, também está estabelecido no § 2º que “*salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal*”. Também no art. 33, I do mesmo diploma legal, está estabelecido que somente darão direito a crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020 (redação dada pela LC 138/2010).

A Lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96), regulamentada pelo RICMS/BA, segue a mesma trilha da LC 87/96 e define, conforme art. 93, inciso V, “b”, como material de uso e consumo as “*mercadorias que não forem destinadas à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação*” (§ 11) (*Lei Complementar nº 87/96*)”.

Diz o § 1º, I, do acima referido artigo que: “*Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que: I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados: a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação; b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso*”.

Ainda analisando as disposições normativas, o art. 97, IV, “c” da norma regulamentar veda ao contribuinte a utilização dos créditos fiscais quando a operação de aquisição de mercadorias ou a prestação de serviços se referirem a atividades alheias do estabelecimento. Também no § 2º do referido artigo, está estabelecido o conceito de bens alheios à atividade do estabelecimento, entre eles, os veículos de transporte pessoal, assim, entendidos os automóveis ou utilitários de uso individual dos administradores da empresa ou de terceiros e os imóveis por acesso físico (incisos II e III).

Por tudo o quanto exposto, especialmente quanto às disposições normativas, resta patente que o sistema de crédito do ICMS é limitado, e tais fronteiras determinam que apenas os bens caracterizados como Ativo Imobilizado, aplicados diretamente na atividade da empresa, fazem jus ao creditamento do ICMS. Neste mesmo sentido tem se posicionado este CONSEF - o entendimento predominante é de que os produtos não diretamente afetados ao processo de produção ou extração não geram direito de crédito fiscal. Ou seja, *in casu*, as mercadorias (materiais) objeto da autuação em comento, para os fins declarados pelo próprio recorrente, devem ter seus valores lançados na contabilidade como despesa operacional, gastos gerais de manutenção, nunca como bens do ativo imobilizado, pois, em verdade são enquadrados, claramente, como materiais de uso e consumo.

Quanto aos materiais de construção empregados em edificações ou reforma de edificações, ao final das mesmas, restarão bens imóveis, e como tal serão contabilizados, não sendo alcançados pelo ICMS. Em assim sendo, não há que se falar em crédito deste imposto.

Por tudo isso, entendo que a tese recursal não se presta a desconstituir a autuação, mesmo porque a legislação tem foco na destinação dos produtos e não nas suas características físicas. Mesma sorte tem o Parecer ASTEC nº 135/2010 que, no meu entender, não está alinhado às normas de regência da matéria em foco.

Ex positis, diante do fato de que os produtos objetos da autuação, sob os holofotes da legislação que cuida da matéria, serem considerados como materiais de uso e consumo ou como integrantes do patrimônio imobiliário do contribuinte, o que, por via de consequência não dá à recorrente direito a quaisquer créditos, entendo que, no mérito, não há que se fazer qualquer reparo à Decisão recorrida. Por isso mesmo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

VOTO VENCEDOR (Quanto as nulidades das infrações 1, 2 e 3)

Com todo respeito que tenho pelo nobre relator do presente processo, data venia, discordo do seu posicionamento em relação às nulidades relativas às infrações 1, 2 e 3.

O que se exige neste Auto de Infração em relação às infrações 1, 2 e 3, como bem pontuado pelo nobre relator, é o imposto apropriado mensalmente pelo recorrente em relação a mercadorias ditas pertencentes ao ativo imobilizado da empresa e lançadas anteriormente no CIAP - Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente. Ou seja, a empresa entendeu, quando assim as escriturou, que todas elas foram aquisições para compor o seu ativo imobilizado. Assim e mensalmente, de acordo com a legislação posta (1/48 avos), estava se apropriando dos créditos fiscais para abatimento do imposto mensal devido.

Quando da fiscalização, os prepostos fiscais constataram que, embora lançadas como ativo imobilizado, muitas delas foram adquiridas para uso e consumo, na forma determinada pela legislação tributária e outras para compor os imóveis à empresa pertencente. E materiais de construção empregados na construção ou reforma de um prédio, de qualquer espécie, lembro, serão bens imóveis após construção. Como tal serão contabilizados, não estando inclusos no âmbito do ICMS. Por consequência, não geram direito a crédito deste imposto.

O recorrente em qualquer momento nega a situação constatada, porém é enfático em afirmar que é possuidor legítimo destes créditos, pois pertencentes ao seu ativo imobilizado, adquiridos para aumentar a vida útil dos seus equipamentos, ou ainda, para modernização e melhoria de eficiência e/ou qualidade e/ou segurança de sua planta, redução dos custos de industrialização, ou para atender outros projetos específicos que envolveram bens do seu ativo fixo. Entende serem bens capitalizáveis e que, se isoladamente pudessem ser considerados como bens de uso e/ou consumo, eles não podem fugir de sua finalidade de aplicação, portanto integrantes do seu ativo imobilizado. Esta é, sucintamente, toda a sua linha de conduta.

Com se observa, em qualquer momento, mesmo que se admitisse estar equivocado o fulcro da autuação, houve perfeito conhecimento por parte do recorrente do que neste processo em relação às citadas infrações o que se estava exigindo. E, para tanto, relembro, neste momento, o § 2º do art. 18, do RPAF/BA que assim determina: *Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade*. Tal situação supera, ainda, a indicação errônea do inciso do art. 97, do RICMS indicado pelos autuantes quanto às infrações 1 e 3.

Além do mais, a auditoria foi realizada com base na escrita do ativo imobilizado da empresa (Auditoria do CIAP), o que torna as acusações, neste sentido, corretas. E, para que não restassem dúvidas quanto aos créditos glosados os autuantes fizeram constar que tal glosa se referia àqueles produtos adquiridos para uso e consumo “*do estabelecimento, manutenção e/ou conservação de bens do ativo imobilizado e incorporadas por acessão física às instalações e edificações da planta industrial.*”

Assim, não existe motivo para que se aventure qualquer nulidade sobre este aspecto em relação às infrações 1 e 3 que, como pontuado, elas apenas se distinguem por terem sido aquisições dentro do Estado da Bahia e em outros estados.

Quanto à infração 2, ao modificar o fulcro da autuação para “*utilizou crédito fiscal de ICMS, relativo à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação*”, poderia se aventar que os autuantes estavam a se referir a aquisições de produtos, de fato, pertencentes ao ativo imobilizado. Entretanto, não se pode esquecer que os demonstrativos de débito compõem o Auto de Infração, não havendo dúvidas quanto aos produtos cujo imposto está sendo exigido (tintas, vernizes, combustíveis e lubrificantes). Afora que consta na descrição da infração que “*se refere a aquisições em outros estados de mercadorias destinadas a uso e/ou consumo do estabelecimento, manutenção e/ou conservação de bens do ativo imobilizado e incorporadas por acessão física às instalações e edificações da planta industrial, conforme Demonstrativos de Auditoria do CIAP e Crédito Indevido-CIAP-UF*

(fls. 87 a 120)’’.

Diante de tudo exposto, não houve qualquer fato que se pudesse aventurecer cerceamento do pleno exercício do direito de defesa, nem desobediência ao princípio do contraditório.

Em assim sendo não existe qualquer vício que inquine de nulidade a ação fiscal.

Quanto as demais questões abordadas pelo relator não tenho qualquer discordância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.0039/08-6, lavrado contra **UCAR PRODUTOS DE CARBONO S/A. (GRAFTECH BRASIL LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$131.677,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto às nulidades suscitadas de ofício pelo relator) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto às nulidades suscitadas de ofício pelo relator) – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à nulidade das infrações 1, 2 e 3)

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO VENCEDOR
(Quanto à nulidade das infrações 1, 2 e 3)

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS