

PROCESSO - A. I. Nº 206917.0004/10-2
RECORRENTE - CCB - CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA. (CIA. DE CIMENTOS DO BRASIL)
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0245-01/11
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 19/12/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0375-11/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DESTINADOS À CONSTRUÇÃO DE BENS IMÓVEIS POR ACESSÃO FÍSICA. Operações não passíveis de creditamento. Não ocorreu o trânsito em julgado da ação judicial relativa ao caso. **b)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Operações não passíveis de creditamento. **c)** UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. AQUISIÇÕES DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Constatados erros derivados da transposição equivocada dos valores constantes no CIAP para o Registro de Apuração do ICMS, assim como da falta naquele livro de coluna relativa à proporcionalidade da utilização do bem. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O adquirente, neste caso, é o responsável por substituição tributária. Mantida a Decisão recorrida. Indeferido o pleito de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão emanada do Acórdão da 1ª JJF nº 0245-01/11, relativo às imputações 1, 2, 3, 5 e 7 (abaixo transcritas) do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 30/07/2010 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 290.378,03.

INFRAÇÃO 1. Utilização indevida de crédito, referente às mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente, nos meses de janeiro a novembro de 2007. Consta que tais entradas são atinentes a imóveis por acessão física. R\$ 54.308,42 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2. Utilização indevida de crédito, relativo às mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente, nos meses de janeiro a dezembro de 2008. Está registrado que tais entradas são concernentes a imóveis por acessão física. R\$ 5.740,08 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3. Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de materiais para uso e consumo, no período de fevereiro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008. Segundo o autuante, o contribuinte escriturou compras de materiais de uso e consumo como se fossem do ativo imobilizado, com o uso do crédito à razão de 1/48. R\$ 37.911,11 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 5. Utilização indevida de crédito, relacionado com as entradas de bens do ativo imobilizado, apropriando-se a sociedade empresária 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. Foi acrescentado que a imputação decorre de erro na escrituração do livro CIAP (“faltou a coluna referente ao critério de proporcionalidade/dia de utilização do bem no estabelecimento”). R\$7.839,45 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 7. Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável, relativo aos fornecimentos de alimentação aos seus empregados, nos períodos de janeiro a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008. R\$ 78.637,40 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide na pauta de 24/08/2011 (fls. 919 a 935), tendo o ilustre relator prolatado o voto abaixo transcrito.

“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 acesso 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 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, citandoem 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 acesso 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 acesso 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 acesso física, sendo alheio, desta forma, à atividade do estabelecimento, não gerando, por conseguinte, 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 acesso 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 autuado 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 deferimento. Lembrou, ainda, ser vedada às empresas do Simples Nacional a concessão de habilitação para operar no regime de deferimento. 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.

Saliente 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 deferido 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 assertiva 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 duplicidade 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.

Saliente 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 assertiva 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(planilha de fls. 934/935).

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração".

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 947 a 954, aduzindo, com relação à infração 1, que no dia 13/09/2011 a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia reputou Procedente o creditamento, com trânsito em julgado de Mandado de Segurança (fls. 955 a 963).

Relativamente à infração 2, assinala que os itens adquiridos, necessários à sua atividade fim, não podem ser qualificados como imóveis por acessão física. Sustenta que o autuante não esclareceu a proporção das saídas isentas e não tributáveis do período fiscalizado, como também não informou a fração que corresponderia ao restante do quadriênio (art. 97, XII, “a” e “b”, RICMS/1997).

Ao recorrer da Decisão relativa à terceira infração, argumenta que os bens objeto da autuação fazem parte do ativo fixo, o que enseja direito ao crédito estatuído no art. 93, V, “a” e § 17, I, RICMS/1997.

Nega o cometimento da infração 05, alegando que não houve erro na escrituração do livro CIAP e afirmando que o seu regime de apuração é mensal. Por isso, a seu ver, não se aplica no referido livro mais uma coluna, referente ao critério de proporcionalidade por dia de utilização do bem em seu estabelecimento, sob pena de restarem não obedecidos os comandos do art. 93, § 17, I, RICMS/1997.

Entende que há “*bis in idem*” na tributação relativa à infração 07, pois o seu fornecedor é inscrito no Simples Nacional, o que afastaria o instituto da substituição por diferimento. Sendo o recorrente substituto, sub-rogar-se-ia não somente nos deveres do substituído, mas também nos direitos e benefícios.

Encerra postulando a improcedência das infrações 1, 2, 3, 5 e 7.

No Parecer de fls. 1.015 a 1.020, a Procuradoria opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Sublinhou o eminente procurador – no que tange à infração 01 - que, ao verificar o andamento do Mandado de Segurança no sítio da Internet do TJ/BA (Tribunal de Justiça da Bahia), constatou que ainda não transitou em julgado, pelo que falta razão à tese recursal da desconstituição definitiva do PAF nº 206886.0011/05-4, porquanto pendentes de apreciação pelo Poder Judiciário os Recursos Especial e Extraordinário.

Em relação às infrações 2 e 3, não acolhe a argumentação do contribuinte, uma vez que, consoante posicionamento assente no CONSEF, o simples fato de o bem ser essencial à atividade não o caracteriza como passível de creditamento, sendo necessário que o mesmo tenha contato direto com o produto final e se desgaste ao longo do processo produtivo, amoldando-se, desta forma, à lógica do regime da não cumulatividade sob o enfoque do crédito físico.

Quanto à infração 05, concorda com o entendimento da instância de origem, pois os valores mensais apurados no levantamento se referem a créditos utilizados a maior, em razão da apuração equivocada no livro CIAP, pela não utilização do critério de proporcionalidade de utilização do bem no estabelecimento em cada mês, assim como de erros decorrentes de transposição equivocada dos valores constantes do CIAP (total do crédito do ICMS mensal) para o livro Registro de Apuração do ICMS.

No que concerne à infração 7, assinala que a legislação estadual dispõe que cabe ao adquirente das refeições para consumo dos seus empregados a responsabilidade pelo recolhimento da exação. Não é possível o seguro cotejo entre os pagamentos efetuados pelo fornecedor do sujeito passivo (Nutri Refeições Coletivas) e as notas fiscais objeto do lançamento, pois a sistemática do Simples Nacional tem como elemento definidor do “*quantum debeatur*” a receita, situação que obsta uma análise por operações individualizadas.

Este relator instruiu o processo para julgamento no dia 11/04/2013 (fl. 1.021). Entretanto, ao submetê-lo à apreciação da Câmara no dia 30/04/2013 (fl. 1.023), restou deliberada a conversão do

feito em diligência, com o fim de que o auditor responsável, no que tange às infrações 01/02, retirasse dos demonstrativos os itens não caracterizados como imóveis por acessão física.

Quanto à infração 3, foi solicitada a constatação, “*in loco*”, se de fato todos materiais objeto da exigência, consoante afirmou a Junta de Julgamento Fiscal, se destinam à reposição de materiais e peças de equipamentos ou partes de equipamentos.

Relativamente à infração 7, requereu-se a dedução do levantamento dos valores concernentes às operações cujas efetivas entradas no estabelecimento não restassem comprovadas.

Às fls. 1.029 a 1.031, o autuante esclarece, comentando as duas primeiras imputações, que todos os créditos glosados têm pertinência com aquisições de ativo immobilizado, na qualidade de imóveis por acessão física.

Acerca da infração 3, sublinha que não há correções a serem efetuadas e que já esteve no estabelecimento do contribuinte.

Por fim, ratifica que as notas fiscais de fls. 764 a 789 constituem provas inequívocas do cometimento da infração 7.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 1.041 a 1.044, repetindo algumas afirmações já expostas nas suas intervenções processuais anteriores e pontuando que o fiscal autuante não efetuou os ajustes que diz serem necessários, em razão de que seria imprescindível nova diligência, com a elaboração de demonstrativos.

Pede, concluindo, a improcedência da infração 7 por falta de provas.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade (arts. 3º, 4º, e 169, I, “b” do RPAF/1999), conheço o presente Recurso Voluntário e passo ao julgamento das alegações preliminares e de mérito.

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo fiscal e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, o autuante e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra correto e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Relativamente ao suposto “*bis in idem*” decorrente da infração 7, a sistemática de pagamento do Regime Unificado de Pagamento de Impostos e Contribuições - Simples Nacional -, tem como elemento definidor do valor apurado a receita, sobre a qual incidem determinados percentuais, que não podem ser chamados de alíquotas e que têm a finalidade de segregar os diversos tributos.

Tal situação, com efeito, obsta uma análise por operações individualizadas (materialidade do fato gerador do qual decorre a obrigação), e por isso não há que se falar em sub-rogação de direitos ou em “*bis in idem*”.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente formulada.

Com supedâneo no art. 147, I, “a”, RPAF/1999, indefiro o pedido de diligência ou perícia, pois os elementos ora constantes dos autos são suficientes para formar a convicção dos conselheiros componentes deste órgão julgador.

No mérito, a infração 01 versa sobre utilização indevida de crédito, referente às aquisições de imóveis por acessão física.

Cabe destacar que houve, em relação a esta acusação, apropriação de créditos sem o estorno no CIAP atinente ao lançamento objeto do PAF nº 206886.0011/05-4 (exercício de 2003), o que repercutiu em 2007 (levantamento às fls. 15 a 17).

Em resumo, o recorrente utilizou indevidamente parcelas mensais de 1/48 dos créditos acumulados do livro CIAP, pois incluiu nos mesmos as operações de compra de imóveis por acessão física em 2003, não corrigindo o saldo até aquele exercício, equívoco que influenciou os valores de 2007.

Não pode ser acatada a alegação de trânsito em julgado da ação judicial, seja porque a Procuradoria do Estado atestou que não ocorreu, seja porque a respectiva certidão (de trânsito em julgado) não foi trazida ao processo.

Quanto às infrações 2 e 3, de acordo com o que se verifica nos diversos elementos de prova constantes dos autos, e, também, conforme especificou o próprio recorrente às fls. 864 a 883, as mercadorias são classificáveis ou como imóveis por acessão física (infração 2) ou como materiais de uso e consumo (infração 3), apesar de se destinarem, estas últimas, à manutenção da atividade fim do estabelecimento, do que repto correta a exigência do tributo, indevidamente utilizado a título de crédito fiscal.

Não cabe aventar a proporção de saídas isentas ou não tributáveis no período fiscalizado, tampouco informação sobre “*a fração que corresponderia ao restante do quadriênio*”, pois o que se fez foi simplesmente estornar os créditos indevidamente lançados.

Nos termos corretamente assinalados pela Procuradoria, o simples fato de o bem ser essencial à atividade empresarial não o caracteriza como passível de creditamento.

No que pertine à infração 5, peço vênia para mais uma vez tomar como base o Parecer da PGE / PROFIS, uma vez que os montantes mensais apurados se referem a créditos utilizados a maior, devido à apuração equivocada no CIAP, pela não utilização do critério da proporcionalidade de utilização do bem no estabelecimento em cada mês “*pro rata die*”, assim como de erros decorrentes de transcrição equivocada dos valores constantes do CIAP (total do crédito do ICMS mensal) para o livro Registro de Apuração do ICMS.

Por outro lado, as entradas restaram devidamente comprovadas às fls. 764 a 789.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206917.0004/10-2, lavrado contra CCB – CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA. (CIA. DE CIMENTOS DO BRASIL), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$266.786,66, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais devendo ser com a homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS