

A. I. N° - 206944.0003/11-1
AUTUADO - VALE MANGANÊS S/A.
AUTUANTE - OZENILDES DA APRESENTAÇÃO FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05/12/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0199-05/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO OU CONSUMO CONSIDERADO COMO INSUMO. O sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações. Infração mantida; b) BENS CLASSIFICADOS COMO ATIVO IMOBILIZADO, NÃO VINCULADOS AO PROCESSO PRODUTIVO. Demonstrada a destinação não vinculada ao processo produtivo. Infração mantida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. O sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações. Infração mantida. 3. BASE DE CÁLCULO. IMPORTAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESA ADUANEIRA. O sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações. Infração mantida. Rejeitada as arguições de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2011, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente ao ICMS no valor de R\$570.922,24, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

Descrição das infrações na defesa.

INFRAÇÃO 01 - Utilização indevida de crédito de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente cuja destinação não esteve vinculada ao processo produtivo. ICMS no valor de R\$286.055,42. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 02 – Utilização indevida de crédito de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$693,54. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 03 - Aquisição de mercadoria de outra unidade da Federação e destinada ao consumo sem recolhimento do DIFAL. ICMS no valor de R\$17,13. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 04 – Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. ICMS no valor de R\$284.156,15. Multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 157 a 166, alegando que parte do lançamento veiculado pelo presente Auto de Infração está atingido pela decadência, conforme art. 150 § 1º do CTN. Afirma que a atividade do sujeito passivo foi homologada tacitamente em 25/08/2011, acarretando a extinção da obrigação tributária. Porém, em 23/12/2011, quatro meses após a extinção da obrigação, a administração tributária “constituiu” em

desfavor da Impugnante débito de ICMS referente à importação promovida em 25/08/2006. Consoante descrito pela Infração 04, a Impugnante teria recolhido ICMS em montante inferior ao devido.

Alega que de modo semelhante, as Infrações 01 e 02 também abarcam fatos geradores ocorridos há mais de 05 (cinco) anos da notificação recebida. Quanto à Infração 01, os créditos de ICMS aproveitados entre 28/02/2006 e 30/11/2006 estão sendo indevidamente glosados pelo Fisco. No que tange à Infração 02, a glosa indevida diz respeito aos créditos utilizados em 31/01/2006, 31/03/2006 e 31/04/2006.

Quanto à infração 01, define o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, transcreve os artigos, 155 da CF, bem como o artigo 20 §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 87/96 e o art. 93, inciso V, do RICMS-BA. Diz ser assegurado creditar-se do ICMS quando da entrada de bens destinados ao seu ativo permanente. Traz o art. 301 da legislação federal do Imposto de Renda, Dec. - Lei nº 1598/77, que delimita quais aquisições do ativo permanente poderá ser considerada como despesa operacional. Diz preencher todos os requisitos legais para enquadramento do bem como ativo permanente imobilizado e que, portanto, deve ser assegurado o seu direito ao crédito, sob pena de violação do princípio da não cumulatividade.

Alega ainda que a legislação, para possibilitar o aproveitamento do crédito, exige que, não apenas o material adquirido seja vinculado ao ativo permanente, como também, que seja efetivamente utilizado, empregado e consumido pelo contribuinte do imposto. A impugnante afirma que adquiriu equipamentos e utensílios não para especular, investir ou alugar. Admite que os bens foram adquiridos e efetivamente utilizados nos setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório do estabelecimento da empresa.

Argumenta que adquiriu equipamentos e utensílios variados não para especular, investir, tão pouco alugar. Conforme admite o Autuante, os bens foram adquiridos para os setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório. Não há, portanto, que se falar em aquisição de mercadoria alheia à atividade do estabelecimento.

Pede pela improcedência do Auto de Infração e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente prova documental e pericial.

O autuante, às fls. 195 a 200 apresenta a informação fiscal aduzindo que, em relação à infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, os referidos bens não são destinados à manutenção das atividades de industrialização ou comercialização do estabelecimento, não estando vinculados ao processo produtivo. Os bens são destinados aos de segurança, administrativo, edificações e laboratório.

Alude que a autuada argumenta às fls. 158 a 161 deste processo que, tendo sido notificado do lançamento tributário em 23/12/2011, operou-se a decadência parcial relacionada às infrações 01 e 02 e decadência integral relacionada à infração 04 dos créditos apurados relativos ao período de janeiro de 2006 a novembro de 2006. Dessa forma entende que ocorreu a extinção do crédito tributário para estes períodos, tendo em vista o que dispõe o art. 150, §§1º e 4º do CTN.

Afirma que a legislação tributária do ICMS na Bahia não é omissa neste sentido, pois tanto o COTEB (Lei nº 3959/81, art. 28, § 1º), como a Lei do ICMS (Lei nº 7014, art. 31, § 1º) regulam os prazos de prescrição e decadência. Portanto, não se aplica ao caso o art. 150, § 4º do CTN, mas sim o prazo fixado na legislação estadual, que remete o termo inicial da contagem do prazo ao “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA). Tal dispositivo é repetido à exaustão na legislação tributária local, estando ainda fixado no Regulamento do ICMS/BA, cuja previsão a seguir transcrevemos:

“Artigo 965 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Parágrafo único – O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Desta forma, entende que ficou demonstrada a inaplicabilidade do art. 150, §§ 1º e 4º do CTN por ter a legislação do ICMS na Bahia regulado a matéria de forma distinta.

Afirma que a Súmula do STJ, citada pelo autuado na sua defesa, refere-se à compensação de ICMS pago a maior relativo à substituição tributária e, portanto, não se aplica ao caso em análise.

Ressalta que é pacífico o entendimento do CONSEF sobre esta matéria, conforme pode ser confirmado nos Acórdãos: CJF Nº 0346-12/08 relativo ao A. I. Nº 206985.0005/07-6; CJF Nº 0383-12/08 relativo ao A. I. Nº 206891.0010/08-0 e o Acórdão CJF Nº 0433-11/08.

Da Preclusão Consumativa e da Revelia - Alude que o RPAF estabelece que após a ciência do lançamento de ofício o Contribuinte Autuado dispõe do prazo de até 30 (trinta) dias para quitar ou impugnar o lançamento. Neste caso, houve impugnação do Auto de Infração, no prazo de trinta dias, consumando sua resposta. Com a apresentação da defesa a Autuada praticou um dos atos a que teria direito como resposta ao lançamento contra si efetivado. Ocorreu desta forma, a preclusão consumativa. Assim, em relação às notas fiscais, documentos ou planilhas não discutidos ou não trazidos aos autos tem-se como produzidos os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF.

Entende-se também, como produzidos os efeitos da revelia às infrações 02, 03 e 04, cujo mérito, não foi contestado pela autuada.

Quanto à infração 01, relata a defesa afirmando que o autuado alega que todas as glosas são relativas a bens destinados ao seu ativo permanente.

Afirma que na infração 01 foram glosados os créditos dos bens lançados como ativo fixo, cujas aquisições foram destinadas às áreas de laboratório, segurança, administrativo e edificações. A área onde os bens estão alocados (segurança, administrativo, meio ambiente, laboratório ou edificações) foi informada pelo próprio autuado, bem como a finalidade de aquisição dos bens, conforme comprova resposta enviada pelo contribuinte às fls. 35 a 53 deste processo. A impugnante na sua peça também confirma os setores de alocação dos bens relativos a esta infração.

Destaca que não há controvérsia neste auto com relação ao valor do imposto cobrado. Também ressalta que, não há qualquer controvérsia com relação à classificação dos bens como ativo imobilizado, nem com relação a sua alocação aos setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório. O contribuinte mais uma vez, admite tal classificação às fls. 165 deste processo, item 42, abaixo transcrito:

“ 42. Conforme admite o Autuante, os bens foram adquiridos para os setores de segurança , administrativo, edificações e laboratório.”

Consigna que se discute é se estes bens de ativo imobilizado, adquiridos pela empresa, alocados aos setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório têm ou não direito ao crédito de ICMS? Se estes bens são ou não destinados à utilização na comercialização, na industrialização.

Informa que a defesa do autuado baseia-se em que os bens objeto da infração 01 são bens de ativo fixo, vinculados à manutenção das atividades do estabelecimento, pois entende que os bens destinados ao laboratório, segurança, administrativo e edificações são efetivamente utilizados, empregados e consumidos pelo contribuinte do imposto, tendo, portanto, direito ao crédito. Com

base nessas assertivas o RICMS-BA, sob a égide da Lei nº 7.014/96, estabelece em seu art. 93, inciso V, "a", que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento "o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

a) A partir de 01/11/96, ao seu ativo imobilizado, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, atendida a legislação federal (§§ 11 e 12);"....

" Parágrafo 1º. Salvo disposição em contrário, à 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;"

Para efeito de apropriação de crédito do imposto relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, entende que esses bens deverão ser aplicados na manutenção das atividades da empresa. Isto quer dizer, que a utilização do crédito fiscal não é feita indistintamente para todos os bens do ativo permanente. Haja vista que o RICMS, em seu art. 97, inciso, IV "c", estabelece a expressa vedação do crédito do valor do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:

"IV – quando a operação de aquisição ou a prestação;...

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

O parágrafo 2º do artigo 97, cita que:

Parágrafo 2º. Para os efeitos da alínea c do inciso IV, salvo prova em contrario, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:

I - Os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, a exemplo dos bens de ativo permanente adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento e especulação, ressalvados os bens do ativo imobilizado e os materiais de consumo efetivamente utilizados, empregados ou consumidos pelo contribuinte do imposto;

Argumenta que estas regras reforçam o entendimento de que o simples fato de a aquisição de um bem ser contabilizada como ativo imobilizado, não é suficiente para que a empresa possa se apropriar do crédito do imposto. Leva-se em conta, o seu emprego efetivo na atividade desenvolvida pela empresa, a sua essencialidade, e ainda a subsequente saída.

Afirma que cristaliza este entendimento decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 10/02/2009, cristalizando um entendimento favorável à glosa dos créditos relativos a materiais utilizados em obras de construção ou reforma, ainda que se enquadrem no conceito de ativo imobilizado. Pela decisão do STJ, a aquisição dos materiais referidos estão enquadradas como atividade alheia ao estabelecimento, sendo vedada a apropriação do crédito, conforme abaixo:

Apresenta o item "ICMS. CREDITAMENTO. MERCADORIAS. REFORMA."

Afirma decaber o creditamento de ICMS de valores sobre materiais utilizados em obras de construção ou reforma da sede da recorrida, diante das exceções previstas no art. 20, § 1º, da LC nº 87/1996, entre elas a aquisição de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, tal como no caso *sub judice*. Precedentes citados: REsp. 860.701-MG, DJ 17/5/2007; REsp. 1.077.242-MG, DJe 12/2/2009, e REsp. 1.051.080-MG, DJe 12/2/2009. REsp. 1.062.839-RS, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 10/2/2009.

Portanto, conclui que, embora possam ser contabilizados como ativo imobilizado, os bens alocados aos setores de laboratório, segurança, meio ambiente, edificações e administrativo, assim como as obras de construção e reforma, são consideradas alheias às atividades do estabelecimento, pois (apesar de necessárias) não são indispensáveis à manutenção das atividades-fins da empresa, que é a industrialização e a comercialização de ferro-ligas e minérios em geral, não propiciando, portanto, direito ao crédito do ICMS.

Este também é o entendimento manifestado pela Secretária da Fazenda do Estado da Bahia, através da DITRI/GECOT parecer nº 3283/03 relativo a crédito de bens para o ativo imobilizado.

Para dirimir dúvidas, descreve abaixo o fim a que se destinam os bens de laboratório e segurança:

Materiais/bens de Segurança – são materiais e bens utilizados para garantir a integridade patrimonial dos equipamentos e instalações industriais, bem como a integridade física das pessoas envolvidas nas áreas de risco das indústrias. Portanto os materiais/bens de segurança não participam do processo produtivo de forma direta, servem apenas para proteger equipamentos e pessoas dos riscos inerentes à atividade industrial. Logo não têm participação intrínseca ao processo produtivo não tendo direito a crédito de ICMS.

Materiais/bens para Laboratório – são materiais/bens utilizados para dar suporte às análises químicas e físicas das matérias-primas e produtos, desenvolvidas no laboratório de controle de qualidade. Das análises de laboratório conseqüentemente os materiais/bens que dão suporte à sua realização não têm vínculo direto com o processo produtivo, servem apenas para constatar que um determinado produto foi produzido fora das especificações ou que determinada matéria-prima deve ser devolvida ao fabricante por não estar em condições de uso no processo.

Consigna que quem garante a especificação dos produtos é o controle das condições de processo do mesmo, conseguindo através da instrumentação e do grau de automação da planta. Logo os materiais/bens utilizados no laboratório servem apenas para dar um laudo de análise, sem contudo interferir no processo, não sendo indispensáveis à manutenção das atividades-fins da empresa, que é a industrialização e a comercialização de polietileno. Conclui-se, portanto, que estes produtos não têm direito a crédito de ICMS.

Com relação aos bens adquiridos para edificações, ou alocados aos setores de meio ambiente e, setor administrativo, entende ficar claro que não têm direito ao crédito de ICMS, uma vez estes bens, também não são afetados ao processo de produção e, são claramente utilizados em serviços diversos dos executados na linha de produção.

Traz também entendimentos que corroboram com a autuação relativa à infração 01 deste auto, emitidos pelas Câmaras de Julgamento através do Acórdãos CJF Nºs 0172-11/02; 0198-12/09 e 0366.12/10.

Afirma que na infração ora analisada não há controvérsia com relação à finalidade dos bens adquiridos e onde eles estão alocados. Não há, nem houve no curso da ação fiscal, discordância sobre se os bens são utilizados nas áreas de laboratório, meio ambiente, segurança ou edificações. O que se discute aqui é, se os bens adquiridos para utilização nas referidas áreas, que não estão ligados a industrialização e comercialização de ferro-ligas, têm ou não direito à utilização de crédito de ICMS.

Em relação às notas fiscais, projetos, documentos, planilhas, ou valores não discutidos ou não trazidos aos autos têm-se como produzidos os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF.

Diante do exposto, é pela manutenção total desta infração.

Alinha que o contribuinte pede pela produção de provas documental e pericial. Entendo não ser necessária à realização de perícia e, que esta só teria o fim de procrastinação, uma vez que, a verificação dos fatos e documentos trazidos aos autos não depende de conhecimento especial de técnicos.

Entende também que, os bens objetos da autuação não têm sua função, contestada nos autos. Discute-se, na realidade, se a sua alocação efetiva nas áreas de laboratório, meio ambiente, segurança, administrativo e edificações ensejam direito ao crédito de ICMS, ou são consideradas alheias às atividades de comercialização e industrialização do estabelecimento.

Por todo o exposto e, no intuito de resguardar o erário público, reafirma o total acerto da ação fiscal, mantendo em todos os termos o auto de infração, esperando que seja julgado procedente, salvo melhor juízo.

A 2ª JJF, em Pauta Suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado ASTEC/CONSEF, para que o diligente adote as seguintes providências:

- 1 – excluir da exigência relativa à infração 01, constante das planilhas às fls. 11 a 20 dos autos, os bens adquiridos pelo autuado que se enquadrem no conceito de ativo imobilizado, exceto os considerados como bens por acessão física;*
- 2 – esclarecer a que se refere os produtos indicados na aludida planilha considerados “Ativo Imobilizado- Bens e Serviços”, excluindo da exigência esses itens, caso se enquadre nas condições previstas no item 01, anterior.*

Elaborar duas planilhas uma com os itens excluídos e a outra com os mantidos na exigência, bem como novo demonstrativo de débito da infração 01, relativo aos bens mantidos.

Nas fls. 201/204, constam extratos de pagamento parcial do débito do Auto de Infração.

Consta, às fls. 208 a 209 resultado da diligência, na qual o diligente exclui os itens solicitados, esclarecido que os produtos indicados na aludida planilha considerados “ativo Imobilizado – Bens e Serviços” referem-se a produtos de eletricidade, bomba elétrica mangueiras e outros de construção, conforme se verifica novas notas fiscais fl. 67 a 71.

Após a ciência do autuado, que não mais se manifesta, o autuante apresenta nova informação fiscal às fls. 225 a 236 dos autos reiterando o seu entendimento já manifestado em sua primeira informação fiscal.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 04 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Verifico que o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia.

O impugnante, albergado no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, deu-se em 2011, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes ao exercício de 2006, estariam atingidos pela decadência, haja vista que teria sido regularmente intimado do Auto de Infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF Nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2006 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2012 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2011, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2006.

No que tange a infração 01 foram considerados indevidos os créditos dos bens lançados como ativo fixo, que, confirmadamente pelo impugnante, foram destinados às áreas de laboratório, segurança, administrativo e edificações.

A lide realmente se afunila em saber se os bens de ativo imobilizado, adquiridos pela empresa, alocados aos setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório têm ou não direito ao crédito de ICMS.

Apesar da diligencia solicitada, tendo em vista existir, inicialmente, entre os membros da 2ª JF dúvidas quanto à questão posta, não há dúvida que, para efeito de apropriação de crédito do imposto relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, os bens deverão ser aplicados na manutenção das atividades da empresa, conforme vedação expressa do art. 97, inciso, IV “c”, do RICMS/BA, conforme se verifica de sua redação:

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:

I - os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, a exemplo dos bens do ativo permanente adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento ou especulação, ressalvados os bens do ativo imobilizado e os materiais de uso ou consumo efetivamente utilizados, empregados ou consumidos pelo contribuinte do imposto;

Assim, é necessário, no presente caso, para ter direito ao crédito dos bens adquiridos, concernente ao ativo imobilizado, estejam vinculados ao processo de industrialização exercida pelo sujeito passivo, o que efetivamente não ocorreu, pois os aludidos bens foram destinados à segurança, administrativo, edificações e laboratório, não gerando direito ao crédito, destinação essa declaradas pelo próprio autuado e ratificados pela diligencia solicitada à ASTEC/CONSEF, conforme art. 93, V, “b” e 97, § 2º, I e III, consoante as regras disposta no art. 29, § 1º da Lei nº 7.014/96.

No que tange aos bens utilizados em obras de construção ou reforma da sede da recorrida, diante das exceções previstas no art. 20, § 1º, da LC nº 87/1996, entre elas a aquisição de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, cabe aqui alinhar as decisões desse CONSEF quanto à vedação de utilização dos aludidos créditos, ACÓRDÃO JJF Nº 0163-02/10, ACÓRDÃO CJF Nº 0184-11/07, ACÓRDÃO JJF Nº 0118-01/11, CJF 0172-11/02; 0198-12/09 e 0366.12/10 e muitos outros, bem como a decisões judiciais apontadas pelo autuante: REsp 860.701-MG, DJ 17/5/2007; REsp 1.077.242-MG, DJe 12/2/2009, e REsp 1.051.080-MG, DJe 12/2/2009. REsp 1.062.839-RS, Rel. Min. Denise Arruda.

Assim, fica demonstrado que a vedação à utilização dos créditos fiscais dos bens acima relacionados, estão legalmente previstos, não cabendo a alegação de sua ilegalidade, bem como em relação a sua inconstitucionalidade.

Cabe destaque o fato de que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Diante do exposto, fica mantida integral da infração 01.

No que tange às demais infrações, a exceção da arguição de decadência, já apreciada, o sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações.

Saliento, ademais, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Desta forma, as demais infrações (02, 03 e 04) são totalmente procedentes.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206944.0003/11-1**, lavrado contra **VALE MANGANÊS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$570.922,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR

A. I. N° - 206944.0003/11-1
AUTUADO - VALE MANGANÊS S/A.
AUTUANTE - OZENILDES DA APRESENTAÇÃO FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05/12/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0199-05/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO OU CONSUMO CONSIDERADO COMO INSUMO. O sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações. Infração mantida; b) BENS CLASSIFICADOS COMO ATIVO IMOBILIZADO, NÃO VINCULADOS AO PROCESSO PRODUTIVO. Demonstrada a destinação não vinculada ao processo produtivo. Infração mantida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. O sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações. Infração mantida. 3. BASE DE CÁLCULO. IMPORTAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESA ADUANEIRA. O sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações. Infração mantida. Rejeitada as arguições de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2011, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente ao ICMS no valor de R\$570.922,24, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

Descrição das infrações na defesa.

INFRAÇÃO 01 - Utilização indevida de crédito de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente cuja destinação não esteve vinculada ao processo produtivo. ICMS no valor de R\$286.055,42. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 02 – Utilização indevida de crédito de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$693,54. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 03 - Aquisição de mercadoria de outra unidade da Federação e destinada ao consumo sem recolhimento do DIFAL. ICMS no valor de R\$17,13. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 04 – Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. ICMS no valor de R\$284.156,15. Multa de 60%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 157 a 166, alegando que parte do lançamento veiculado pelo presente Auto de Infração está atingido pela decadência, conforme art. 150 § 1º do CTN. Afirma que a atividade do sujeito passivo foi homologada tacitamente em 25/08/2011, acarretando a extinção da obrigação tributária. Porém, em 23/12/2011, quatro meses após a extinção da obrigação, a administração tributária “constituiu” em

desfavor da Impugnante débito de ICMS referente à importação promovida em 25/08/2006. Consoante descrito pela Infração 04, a Impugnante teria recolhido ICMS em montante inferior ao devido.

Alega que de modo semelhante, as Infrações 01 e 02 também abarcam fatos geradores ocorridos há mais de 05 (cinco) anos da notificação recebida. Quanto à Infração 01, os créditos de ICMS aproveitados entre 28/02/2006 e 30/11/2006 estão sendo indevidamente glosados pelo Fisco. No que tange à Infração 02, a glosa indevida diz respeito aos créditos utilizados em 31/01/2006, 31/03/2006 e 31/04/2006.

Quanto à infração 01, define o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, transcreve os artigos, 155 da CF, bem como o artigo 20 §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 87/96 e o art. 93, inciso V, do RICMS-BA. Diz ser assegurado creditar-se do ICMS quando da entrada de bens destinados ao seu ativo permanente. Traz o art. 301 da legislação federal do Imposto de Renda, Dec. - Lei nº 1598/77, que delimita quais aquisições do ativo permanente poderá ser considerada como despesa operacional. Diz preencher todos os requisitos legais para enquadramento do bem como ativo permanente imobilizado e que, portanto, deve ser assegurado o seu direito ao crédito, sob pena de violação do princípio da não cumulatividade.

Alega ainda que a legislação, para possibilitar o aproveitamento do crédito, exige que, não apenas o material adquirido seja vinculado ao ativo permanente, como também, que seja efetivamente utilizado, empregado e consumido pelo contribuinte do imposto. A impugnante afirma que adquiriu equipamentos e utensílios não para especular, investir ou alugar. Admite que os bens foram adquiridos e efetivamente utilizados nos setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório do estabelecimento da empresa.

Argumenta que adquiriu equipamentos e utensílios variados não para especular, investir, tão pouco alugar. Conforme admite o Autuante, os bens foram adquiridos para os setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório. Não há, portanto, que se falar em aquisição de mercadoria alheia à atividade do estabelecimento.

Pede pela improcedência do Auto de Infração e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente prova documental e pericial.

O autuante, às fls. 195 a 200 apresenta a informação fiscal aduzindo que, em relação à infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, os referidos bens não são destinados à manutenção das atividades de industrialização ou comercialização do estabelecimento, não estando vinculados ao processo produtivo. Os bens são destinados aos de segurança, administrativo, edificações e laboratório.

Alude que a autuada argumenta às fls. 158 a 161 deste processo que, tendo sido notificado do lançamento tributário em 23/12/2011, operou-se a decadência parcial relacionada às infrações 01 e 02 e decadência integral relacionada à infração 04 dos créditos apurados relativos ao período de janeiro de 2006 a novembro de 2006. Dessa forma entende que ocorreu a extinção do crédito tributário para estes períodos, tendo em vista o que dispõe o art. 150, §§1º e 4º do CTN.

Afirma que a legislação tributária do ICMS na Bahia não é omissa neste sentido, pois tanto o COTEB (Lei nº 3959/81, art. 28, § 1º), como a Lei do ICMS (Lei nº 7014, art. 31, § 1º) regulam os prazos de prescrição e decadência. Portanto, não se aplica ao caso o art. 150, § 4º do CTN, mas sim o prazo fixado na legislação estadual, que remete o termo inicial da contagem do prazo ao “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA). Tal dispositivo é repetido à exaustão na legislação tributária local, estando ainda fixado no Regulamento do ICMS/BA, cuja previsão a seguir transcrevemos:

“Artigo 965 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Parágrafo único – O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Desta forma, entende que ficou demonstrada a inaplicabilidade do art. 150, §§ 1º e 4º do CTN por ter a legislação do ICMS na Bahia regulado a matéria de forma distinta.

Afirma que a Súmula do STJ, citada pelo autuado na sua defesa, refere-se à compensação de ICMS pago a maior relativo à substituição tributária e, portanto, não se aplica ao caso em análise.

Ressalta que é pacífico o entendimento do CONSEF sobre esta matéria, conforme pode ser confirmado nos Acórdãos: CJF Nº 0346-12/08 relativo ao A. I. Nº 206985.0005/07-6; CJF Nº 0383-12/08 relativo ao A. I. Nº 206891.0010/08-0 e o Acórdão CJF Nº 0433-11/08.

Da Preclusão Consumativa e da Revelia - Alude que o RPAF estabelece que após a ciência do lançamento de ofício o Contribuinte Autuado dispõe do prazo de até 30 (trinta) dias para quitar ou impugnar o lançamento. Neste caso, houve impugnação do Auto de Infração, no prazo de trinta dias, consumando sua resposta. Com a apresentação da defesa a Autuada praticou um dos atos a que teria direito como resposta ao lançamento contra si efetivado. Ocorreu desta forma, a preclusão consumativa. Assim, em relação às notas fiscais, documentos ou planilhas não discutidos ou não trazidos aos autos tem-se como produzidos os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF.

Entende-se também, como produzidos os efeitos da revelia às infrações 02, 03 e 04, cujo mérito, não foi contestado pela autuada.

Quanto à infração 01, relata a defesa afirmando que o autuado alega que todas as glosas são relativas a bens destinados ao seu ativo permanente.

Afirma que na infração 01 foram glosados os créditos dos bens lançados como ativo fixo, cujas aquisições foram destinadas às áreas de laboratório, segurança, administrativo e edificações. A área onde os bens estão alocados (segurança, administrativo, meio ambiente, laboratório ou edificações) foi informada pelo próprio autuado, bem como a finalidade de aquisição dos bens, conforme comprova resposta enviada pelo contribuinte às fls. 35 a 53 deste processo. A impugnante na sua peça também confirma os setores de alocação dos bens relativos a esta infração.

Destaca que não há controvérsia neste auto com relação ao valor do imposto cobrado. Também ressalta que, não há qualquer controvérsia com relação à classificação dos bens como ativo imobilizado, nem com relação a sua alocação aos setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório. O contribuinte mais uma vez, admite tal classificação às fls. 165 deste processo, item 42, abaixo transcrito:

“ 42. Conforme admite o Autuante, os bens foram adquiridos para os setores de segurança , administrativo, edificações e laboratório.”

Consigna que se discute é se estes bens de ativo imobilizado, adquiridos pela empresa, alocados aos setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório têm ou não direito ao crédito de ICMS? Se estes bens são ou não destinados à utilização na comercialização, na industrialização.

Informa que a defesa do autuado baseia-se em que os bens objeto da infração 01 são bens de ativo fixo, vinculados à manutenção das atividades do estabelecimento, pois entende que os bens destinados ao laboratório, segurança, administrativo e edificações são efetivamente utilizados, empregados e consumidos pelo contribuinte do imposto, tendo, portanto, direito ao crédito. Com

base nessas assertivas o RICMS-BA, sob a égide da Lei nº 7.014/96, estabelece em seu art. 93, inciso V, "a", que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento "o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

a) A partir de 01/11/96, ao seu ativo imobilizado, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, atendida a legislação federal (§§ 11 e 12);"....

" Parágrafo 1º. Salvo disposição em contrário, à 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;"

Para efeito de apropriação de crédito do imposto relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, entende que esses bens deverão ser aplicados na manutenção das atividades da empresa. Isto quer dizer, que a utilização do crédito fiscal não é feita indistintamente para todos os bens do ativo permanente. Haja vista que o RICMS, em seu art. 97, inciso, IV "c", estabelece a expressa vedação do crédito do valor do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:

"IV – quando a operação de aquisição ou a prestação;...

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

O parágrafo 2º do artigo 97, cita que:

Parágrafo 2º. Para os efeitos da alínea c do inciso IV, salvo prova em contrario, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:

I - Os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, a exemplo dos bens de ativo permanente adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento e especulação, ressalvados os bens do ativo imobilizado e os materiais de consumo efetivamente utilizados, empregados ou consumidos pelo contribuinte do imposto;

Argumenta que estas regras reforçam o entendimento de que o simples fato de a aquisição de um bem ser contabilizada como ativo imobilizado, não é suficiente para que a empresa possa se apropriar do crédito do imposto. Leva-se em conta, o seu emprego efetivo na atividade desenvolvida pela empresa, a sua essencialidade, e ainda a subsequente saída.

Afirma que cristaliza este entendimento decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 10/02/2009, cristalizando um entendimento favorável à glosa dos créditos relativos a materiais utilizados em obras de construção ou reforma, ainda que se enquadrem no conceito de ativo imobilizado. Pela decisão do STJ, a aquisição dos materiais referidos estão enquadradas como atividade alheia ao estabelecimento, sendo vedada a apropriação do crédito, conforme abaixo:

Apresenta o item "ICMS. CREDITAMENTO. MERCADORIAS. REFORMA."

Afirma decaber o creditamento de ICMS de valores sobre materiais utilizados em obras de construção ou reforma da sede da recorrida, diante das exceções previstas no art. 20, § 1º, da LC nº 87/1996, entre elas a aquisição de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, tal como no caso *sub judice*. Precedentes citados: REsp. 860.701-MG, DJ 17/5/2007; REsp. 1.077.242-MG, DJe 12/2/2009, e REsp. 1.051.080-MG, DJe 12/2/2009. REsp. 1.062.839-RS, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 10/2/2009.

Portanto, conclui que, embora possam ser contabilizados como ativo imobilizado, os bens alocados aos setores de laboratório, segurança, meio ambiente, edificações e administrativo, assim como as obras de construção e reforma, são consideradas alheias às atividades do estabelecimento, pois (apesar de necessárias) não são indispensáveis à manutenção das atividades-fins da empresa, que é a industrialização e a comercialização de ferro-ligas e minérios em geral, não propiciando, portanto, direito ao crédito do ICMS.

Este também é o entendimento manifestado pela Secretária da Fazenda do Estado da Bahia, através da DITRI/GECOT parecer nº 3283/03 relativo a crédito de bens para o ativo imobilizado.

Para dirimir dúvidas, descreve abaixo o fim a que se destinam os bens de laboratório e segurança:

Materiais/bens de Segurança – são materiais e bens utilizados para garantir a integridade patrimonial dos equipamentos e instalações industriais, bem como a integridade física das pessoas envolvidas nas áreas de risco das indústrias. Portanto os materiais/bens de segurança não participam do processo produtivo de forma direta, servem apenas para proteger equipamentos e pessoas dos riscos inerentes à atividade industrial. Logo não têm participação intrínseca ao processo produtivo não tendo direito a crédito de ICMS.

Materiais/bens para Laboratório – são materiais/bens utilizados para dar suporte às análises químicas e físicas das matérias-primas e produtos, desenvolvidas no laboratório de controle de qualidade. Das análises de laboratório conseqüentemente os materiais/bens que dão suporte à sua realização não têm vínculo direto com o processo produtivo, servem apenas para constatar que um determinado produto foi produzido fora das especificações ou que determinada matéria-prima deve ser devolvida ao fabricante por não estar em condições de uso no processo.

Consigna que quem garante a especificação dos produtos é o controle das condições de processo do mesmo, conseguindo através da instrumentação e do grau de automação da planta. Logo os materiais/bens utilizados no laboratório servem apenas para dar um laudo de análise, sem contudo interferir no processo, não sendo indispensáveis à manutenção das atividades-fins da empresa, que é a industrialização e a comercialização de polietileno. Conclui-se, portanto, que estes produtos não têm direito a crédito de ICMS.

Com relação aos bens adquiridos para edificações, ou alocados aos setores de meio ambiente e, setor administrativo, entende ficar claro que não têm direito ao crédito de ICMS, uma vez estes bens, também não são afetados ao processo de produção e, são claramente utilizados em serviços diversos dos executados na linha de produção.

Traz também entendimentos que corroboram com a autuação relativa à infração 01 deste auto, emitidos pelas Câmaras de Julgamento através do Acórdãos CJF Nºs 0172-11/02; 0198-12/09 e 0366.12/10.

Afirma que na infração ora analisada não há controvérsia com relação à finalidade dos bens adquiridos e onde eles estão alocados. Não há, nem houve no curso da ação fiscal, discordância sobre se os bens são utilizados nas áreas de laboratório, meio ambiente, segurança ou edificações. O que se discute aqui é, se os bens adquiridos para utilização nas referidas áreas, que não estão ligados a industrialização e comercialização de ferro-ligas, têm ou não direito à utilização de crédito de ICMS.

Em relação às notas fiscais, projetos, documentos, planilhas, ou valores não discutidos ou não trazidos aos autos têm-se como produzidos os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF.

Diante do exposto, é pela manutenção total desta infração.

Alinha que o contribuinte pede pela produção de provas documental e pericial. Entendo não ser necessária à realização de perícia e, que esta só teria o fim de procrastinação, uma vez que, a verificação dos fatos e documentos trazidos aos autos não depende de conhecimento especial de técnicos.

Entende também que, os bens objetos da autuação não têm sua função, contestada nos autos. Discute-se, na realidade, se a sua alocação efetiva nas áreas de laboratório, meio ambiente, segurança, administrativo e edificações ensejam direito ao crédito de ICMS, ou são consideradas alheias às atividades de comercialização e industrialização do estabelecimento.

Por todo o exposto e, no intuito de resguardar o erário público, reafirma o total acerto da ação fiscal, mantendo em todos os termos o auto de infração, esperando que seja julgado procedente, salvo melhor juízo.

A 2ª JJF, em Pauta Suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado ASTEC/CONSEF, para que o diligente adote as seguintes providências:

- 1 – excluir da exigência relativa à infração 01, constante das planilhas às fls. 11 a 20 dos autos, os bens adquiridos pelo autuado que se enquadrem no conceito de ativo imobilizado, exceto os considerados como bens por acessão física;*
- 2 – esclarecer a que se refere os produtos indicados na aludida planilha considerados “Ativo Imobilizado- Bens e Serviços”, excluindo da exigência esses itens, caso se enquadre nas condições previstas no item 01, anterior.*

Elaborar duas planilhas uma com os itens excluídos e a outra com os mantidos na exigência, bem como novo demonstrativo de débito da infração 01, relativo aos bens mantidos.

Nas fls. 201/204, constam extratos de pagamento parcial do débito do Auto de Infração.

Consta, às fls. 208 a 209 resultado da diligência, na qual o diligente exclui os itens solicitados, esclarecido que os produtos indicados na aludida planilha considerados “ativo Imobilizado – Bens e Serviços” referem-se a produtos de eletricidade, bomba elétrica mangueiras e outros de construção, conforme se verifica novas notas fiscais fl. 67 a 71.

Após a ciência do autuado, que não mais se manifesta, o autuante apresenta nova informação fiscal às fls. 225 a 236 dos autos reiterando o seu entendimento já manifestado em sua primeira informação fiscal.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 04 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Verifico que o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia.

O impugnante, albergado no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, deu-se em 2011, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes ao exercício de 2006, estariam atingidos pela decadência, haja vista que teria sido regularmente intimado do Auto de Infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF Nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2006 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2012 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2011, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2006.

No que tange a infração 01 foram considerados indevidos os créditos dos bens lançados como ativo fixo, que, confirmadamente pelo impugnante, foram destinados às áreas de laboratório, segurança, administrativo e edificações.

A lide realmente se afunila em saber se os bens de ativo imobilizado, adquiridos pela empresa, alocados aos setores de segurança, administrativo, edificações e laboratório têm ou não direito ao crédito de ICMS.

Apesar da diligencia solicitada, tendo em vista existir, inicialmente, entre os membros da 2ª JF dúvidas quanto à questão posta, não há dúvida que, para efeito de apropriação de crédito do imposto relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, os bens deverão ser aplicados na manutenção das atividades da empresa, conforme vedação expressa do art. 97, inciso, IV “c”, do RICMS/BA, conforme se verifica de sua redação:

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:

I - os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, a exemplo dos bens do ativo permanente adquiridos para locação a terceiros ou para fins de investimento ou especulação, ressalvados os bens do ativo imobilizado e os materiais de uso ou consumo efetivamente utilizados, empregados ou consumidos pelo contribuinte do imposto;

Assim, é necessário, no presente caso, para ter direito ao crédito dos bens adquiridos, concernente ao ativo imobilizado, estejam vinculados ao processo de industrialização exercida pelo sujeito passivo, o que efetivamente não ocorreu, pois os aludidos bens foram destinados à segurança, administrativo, edificações e laboratório, não gerando direito ao crédito, destinação essa declaradas pelo próprio autuado e ratificados pela diligencia solicitada à ASTEC/CONSEF, conforme art. 93, V, “b” e 97, § 2º, I e III, consoante as regras disposta no art. 29, § 1º da Lei nº 7.014/96.

No que tange aos bens utilizados em obras de construção ou reforma da sede da recorrida, diante das exceções previstas no art. 20, § 1º, da LC nº 87/1996, entre elas a aquisição de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, cabe aqui alinhar as decisões desse CONSEF quanto à vedação de utilização dos aludidos créditos, ACÓRDÃO JJF Nº 0163-02/10, ACÓRDÃO CJF Nº 0184-11/07, ACÓRDÃO JJF Nº 0118-01/11, CJF 0172-11/02; 0198-12/09 e 0366.12/10 e muitos outros, bem como a decisões judiciais apontadas pelo autuante: REsp 860.701-MG, DJ 17/5/2007; REsp 1.077.242-MG, DJe 12/2/2009, e REsp 1.051.080-MG, DJe 12/2/2009. REsp 1.062.839-RS, Rel. Min. Denise Arruda.

Assim, fica demonstrado que a vedação à utilização dos créditos fiscais dos bens acima relacionados, estão legalmente previstos, não cabendo a alegação de sua ilegalidade, bem como em relação a sua inconstitucionalidade.

Cabe destaque o fato de que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Diante do exposto, fica mantida integral da infração 01.

No que tange às demais infrações, a exceção da arguição de decadência, já apreciada, o sujeito passivo não trouxe aos autos qualquer elemento probatório ou argumento que elida as imputadas infrações.

Saliento, ademais, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Desta forma, as demais infrações (02, 03 e 04) são totalmente procedentes.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206944.0003/11-1**, lavrado contra **VALE MANGANÊS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$570.922,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR