

A. I. N° - 269274.0301/13-7
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
AUTUANTE - JOSÉ LUIZ OLIVEIRA MACEDO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 25. 10 .2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0240-01/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. **b)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO RELATIVO A ENRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (ESTORNO PROPORCIOAL). Fato passível de estorno do crédito. Previsão legal. Mantido o lançamento. **c)** CRÉDITO RELATIVO A BENS IMÓVEIS POR ACESSÃO FÍSICA. Não se trata de “entradas de bens imóveis por acessão física”, mas sim de aquisições de materiais de construção, que, a depender da destinação, se consideram bens alheios à atividade do estabelecimento, pois não são destinados à comercialização, industrialização ou prestação de serviços tributáveis pelo ICMS. Se esses materiais de construção fossem destinados à confecção de bancadas ou suportes para fixação de máquinas ou equipamentos, seria legítimo o crédito (imóveis por acessão intelectual). Sendo destinados a levantamento de paredes, reboco, pintura, piso, cobertura, encanamentos, fiação, etc., é vedado o crédito (RICMS/97, art. 97, § 2º, I). Não foram impugnados objetivamente os elementos materiais do lançamento. Lançamento mantido. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ALEGADO, SEM PROVA, QUE SE TRATARIA DE CUPONS FISCAIS CANCELADOS. Lançamento mantido. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO. SAÍDAS POSTERIORES TRIBUTADAS NORMALMENTE. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEIXOU DE SER ANTECIPADO. Lançamento não impugnado pelo contribuinte. Indeferido o pedido de perícia. Não acatada a reclamação quanto à multa, pois não é razoável discutir no âmbito administrativo a constitucionalidade do direito posto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28.3.13, envolve os seguintes fatos:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, sendo glosado o crédito no valor de R\$ 56.728,67, com multa de 60%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota, sendo lançado imposto no valor de R\$ 97.075,68, com multa de 60%;
3. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, sendo lançado imposto no valor de R\$ 6.909,79, com multa de 60%;
4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a entradas de bens imóveis por aquisição física, sendo glosado crédito no valor de R\$ 136.795,93, com multa de 60%;
5. “Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente” – multa de R\$ 24.341,59.

O contribuinte, ao impugnar o lançamento (fls. 177/191), declara reconhecer os débitos dos itens 1º e 5º. Impugna os lançamentos dos itens 2º, 3º e 4º.

Suscita em preliminar a nulidade dos lançamentos em virtude de ausência de descrição dos fatos que embasaram a autuação, haja vista que não foram determinados precisamente os motivos que ensejaram a cobrança do imposto, tornando-se por isso difícil defender-se, tendo a empresa a insólita missão de “adivinhar” o fundamento ou fundamentos da autuação. Reclama que a autuação fiscal deve ser clara e precisa, descrevendo os fatos que justifiquem a exigência do tributo ou multa, a fim de que o autuado possa se defender adequadamente, em atenção ao direito de contraditório e ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição e do art. 142 do CTN, segundo o qual, ao se constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve a autoridade fiscal identificar prontamente a matéria tributável e o fato gerador do tributo, e no caso presente a infração supostamente cometida não foi descrita com clareza, dificultando a defesa e ensejando a nulidade do lançamento, conforme prescreve o art. 18, IV, “a”, do RPAF, que prevê a nulidade do Auto de Infração lavrado sem elementos suficientes para determinação da infração. Cita decisões do CONSEF nesse sentido.

No mérito, impugna o lançamento do item 2º, dizendo que a empresa documenta suas operações mediante Cupons fiscais, e é muito comum a ocorrência de cancelamentos de Cupons ou apenas de itens do Cupom depois de a mercadoria ter sido registrada como vendida, como no caso em que, após finalizar o registro das mercadorias, o cliente desiste da compra, situação em que há o cancelamento da totalidade da operação, o que gera o cancelamento do Cupom Fiscal, sendo o cancelamento expressamente registrado pelo ECF nos respectivos Cupons. Para provar isso, requer a realização de diligência e produção de prova pericial, a fim de serem comprovadas suas alegações. Grifa que, não tendo sido realizada a venda, é impossível a cobrança do ICMS, pois não ocorreu o fato gerador do imposto.

Impugna também o lançamento do item 3º, explicando que a anulação dos créditos pretendida pela fiscalização é referente a aquisições de mercadorias da cesta básica que depois são revendidas com redução da carga tributária. Alega que a exigência fiscal não se justifica porque implica ofensa ao critério da não-cumulatividade e a legislação prevê a manutenção do crédito. Cita nesse sentido o Convênio ICMS 128/94. Assinala que as únicas hipóteses em que não se aplica a não-cumulatividade, de acordo com o art. 155, § 2º, II, “a” e “b”, da Constituição são os casos de isenção ou de não-incidência, salvo previsão expressa da legislação. Observa que o texto constitucional faculta à

legislação estabelecer situação diversa, em que a isenção ou a não-incidência não ensejam o estorno de créditos. Sustenta que no presente caso foi justamente isso o que ocorreu, uma vez que as operações envolvendo mercadorias da cesta básica estão disciplinadas no Convênio ICMS 128/94, segundo o qual ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir a anulação proporcional do crédito nas operações que indica. Argumenta que para as mercadorias da cesta básica a exceção ao princípio da não-cumulatividade não é aplicável, em razão da existência de previsão em sentido diverso, pois as únicas exceções são as hipóteses de isenção ou de não-incidência. Aduz que, na hierarquia dos atos normativos, o dispositivo do RICMS que impõe o estorno do crédito é ilegal, além de inconstitucional.

Sustenta que a redução de base de cálculo, prevista para as mercadorias da cesta básica, não pode ser confundida com isenção ou com não-incidência.

Argumenta que existe norma específica que exige a aplicação do benefício e permite o crédito integral, haja vista o citado Convênio ICMS 128/94 e o art. 155, § 2º, II, “a” e “b”, da Constituição. Alega que, no tocante às mercadorias da cesta básica, o referido convênio prevê a redução da carga tributária para 7%, bem como a manutenção integral do crédito decorrente da aquisição daquelas mercadorias, não tendo a fiscalização observado isso.

Adverte que não se venha a afirmar que as disposições do Convênio ICMS 128/94 seriam meramente autorizativas, pois não existe distinção entre convênios autorizativos e convênios impositivos, devendo o Estado respeitar o que foi estipulado, conforme decisão do STF nos autos do RE 96.545/SP, cópia anexa. Frisa que, com base nesse julgado, o plenário do STF encerrou qualquer dúvida quanto à distinção entre convênio autorizativo e convênio impositivo, pois ambos apresentam caráter vinculante, razão pela qual os benefícios fiscais concedidos por convênios não podem ser revogados, ainda que parcialmente, por disposições da legislação estadual. Cita o voto de ministro nos autos do RE 565.803/MG, cópia anexa, no sentido de que, havendo convênio autorizativo, a regra do art. 155, § 2º, II, “b”, da Constituição não seria aplicável. Por essas razões, considera que, mesmo que se entenda tratar-se de isenção parcial, o que admite apenas para argumentação, deve ser mantido o direito integral aos créditos de ICMS no caso em questão.

Lembra que a Lei Complementar nº 24/75, no art. 2º, § 2º, dispõe que a concessão de isenções e outros benefícios relativos à redução da carga tributária depende de aprovação unânime dos Estados representados, e sua revogação total ou parcial depende de aprovação de 4/5, pelo menos, dos representantes presentes. Aduz que esse diploma legal ressalta o entendimento de que redução de carga tributária e isenção não se confundem. Argumenta que, tendo o Estado da Bahia ratificado o Convênio ICMS 128/94, não poderia exigir o estorno proporcional dos créditos sob o pretexto de que o referido convênio “facultou” aos Estados adotar tal procedimento.

Prossegue dizendo ser inaplicável a decisão proferida no RE 174.478/SP aos casos que envolvam mercadorias da cesta básica, decisão essa conhecida como “Caso Monsanto”, pois tal decisão não pode ser considerada como precedente jurisprudencial, haja vista que, apesar de aparentemente se tratar de questão semelhante à do presente caso, esse precedente não diz respeito à matéria em discussão neste Auto (operações com mercadorias da cesta básica), porque a citada decisão trata é de remessa de insumos para industrialização, tendo isso sido esclarecido pelo ministro Cesar Peluso no julgamento da Ação Cautelar 1.753-0. Requer a juntada do acórdão proferido na ADIN 2.320. Pontua que o STF reconheceu a existência de “repercussão geral” da questão envolvendo a exigência de estorno de créditos de ICMS na aquisição de mercadorias da cesta básica, nos autos do Agravo de Instrumento 768.491/RS, posteriormente convertido no Recurso Extraordinário 635.688/RS, restando reconhecido pelo STF que a questão envolvendo a exigência de estorno de créditos na aquisição de

mercadorias da cesta básica ainda não foi definida por aquele tribunal, e portanto ainda deve ser analisada pelo plenário.

Quanto ao item 4º, o autuado reclama que os autuantes não esclareceram quais foram os bens indevidamente aproveitados pela empresa, pois na infração imputada é dito, de forma genérica, que o crédito decorre de bens imóveis por acessão física. Alega que tal fato, por si só, já demonstra a completa nulidade da autuação, que apenas se atreve a imputar uma infração sem qualquer justificativa. Pontua que o direito ao crédito decorrente de aquisições de bens destinados ao ativo fixo é amparado pelo princípio da não-cumulatividade, nos termos do art. 155, § 2º, I, da Constituição. Grifa que tal princípio é amplo e assegura o direito ao crédito em todas as situações, salvo nas exceções previstas pela própria Constituição. Observa que a legislação infraconstitucional vem impondo infundadas limitações ao aproveitamento de créditos de ICMS. Acentua que a empresa observou todos os procedimentos previstos na legislação.

Destaca por fim a necessidade de diligência, alegando ter por certo que o exame de seus documentos fiscais e contábeis é indispensável para o reconhecimento da improcedência dos débitos demandados. Requer que seja deferida a realização de diligências para exame dos documentos contábeis e fiscais do ano de 2011, em local e prazo determinados pelo órgão julgador. Frisa que a diligência teria como objetivos principais comprovar que não houve quaisquer das infrações imputadas. Toma por fundamento os princípios da verdade material, do contraditório e da ampla defesa.

Questiona a abusividade das multas aplicadas, alegando que elas são totalmente desproporcionais às supostas infrações cometidas. Lembra que, de acordo com o art. 3º do CTN, tributo é uma prestação pecuniária que não constitua sanção por ato ilícito, e por esse motivo não pode ser utilizado tributo para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado, pois a sanção deve apenas ser um meio de desestimular o comportamento ilícito, que não houve neste caso. Conclui dizendo que as multas em questão devem ser afastadas, sob pena de violação ao art. 150, IV, da Constituição, ou ao menos reduzidas.

Pede que, conforme pleiteou em preliminar, a autuação seja declarada nula, ou que, no mérito, o Auto de Infração seja julgado improcedente. Subsidiariamente, caso não sejam anulados os lançamentos, pede o cancelamento ou a redução das multas. Reitera o requerimento de diligência e o direito à produção de qualquer meio de prova em direito admitido. Juntou documentos.

O fiscal autuante, na informação prestada (fls. 305/312), rebate a alegação em preliminar de que a autuação fiscal deve obrigatoriamente ser clara e precisa, com a descrição dos fatos que justifiquem a exigência do tributo ou multa, contrapondo que o Auto de Infração seguiu os critérios estabelecidos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Transcreve o art. 39. A seu ver, todas as exigências contidas no citado artigo teriam sido atendidas. Aduz que todas as infrações foram detalhadas nas planilhas em períodos mensais, conforme os anexos 10 a 165, e inclusive foi anexado um CD contendo todas as planilhas impressas.

Quanto ao mérito, rebate os argumentos da defesa relativos ao item 2º, dizendo que ela está equivocada ao argumentar que as saídas de mercadorias com erro na aplicação da alíquota é fruto de “vendas canceladas”, porque não consta essa informação nos arquivos magnéticos informados pelo autuado. Observa que a planilha (fls. 19/125) está detalhada por período mensal com as mercadorias tributadas com alíquota zero.

Com relação ao item 3º, que cuida da falta de estorno de crédito, o fiscal contesta a alegação da defesa quanto ao direito à manutenção do crédito em respeito ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, com fundamento no § 1º da cláusula primeira do Convênio 128/94, contrapondo que o referido convênio é claro quando em seu texto informa “autorizados”, ou seja, a matéria é facultativa para os

Estados Federados, de modo que cabe ao fisco da Bahia seguir a lei estadual que instituiu o ICMS, pois a sua atividade é plenamente vinculada.

No tocante ao item 4º, que cuida de creditamento indevido referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, o fiscal diz que este Auto de Infração tipificou corretamente a infração cometida pelo autuado, conforme se pode observar na fl. 3, que informa o seguinte enquadramento: “Art. 97, inciso IV, alínea c, combinado com o § 2º, inciso III do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6284/97.” Aduz que, além disso, anexou planilha demonstrativa, às fls. 127/142, originada do livro CIAP da empresa, seguindo literalmente as mesmas informações lançadas por ela em sua escrita fiscal, na qual se utilizou do crédito do ICMS nas aquisições de ativo permanente. O fiscal informa que são bens móveis por sua natureza, mas que, incorporados em caráter permanente ao solo, adquiriram categoria de imóveis – são materiais utilizados na construção civil e que nunca serão removidos sem que haja a modificação, dano ou fratura preservando a sua utilidade original. Transcreve parte de um parecer da GECOT.

Quanto ao requerimento de realização de diligência, o fiscal considera que os demonstrativos anexos são suficientes para que o órgão julgador tenha melhor embasamento em seu “parecer”, haja vista que estão relacionadas as planilhas demonstrativas detalhadas de todas as infrações lançadas no Auto de Infração, e sendo assim a seu ver é desnecessária a realização de diligência.

Aduz que a questão da abusividade das multas aplicadas tem caráter constitucional e foge da sua competência para apreciação.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

O autuado requereu a juntada de prova do pagamento parcial dos valores lançados (fls. 315/317).

Foi mandado dar vista dos autos ao autuante (fl. 323).

O supervisor da IFEP Sul emitiu despacho remetendo o processo ao CONSEF, para julgamento (fl. 324).

VOTO

O Auto de Infração em discussão comprehende 5 lançamentos. Foram impugnados apenas os lançamentos 2º, 3º e 4º.

Em preliminar, o autuado suscitou a nulidade dos lançamentos, alegando ausência de descrição dos fatos que embasaram a autuação, porque não teriam sido determinados precisamente os motivos que ensejaram a cobrança do imposto, tendo de “adivinhar” o fundamento ou fundamentos da autuação.

Neste Auto, as descrições que poderiam suscitar dúvidas são as dos itens 4º e 5.

O item 4º acusa utilização de crédito indevido de ICMS referente à “entrada de bens imóveis por acessão física”. Imóveis por acessão física não “entram” no estabelecimento, pois não se movem (é por isso que são “imóveis”). Para ser mais preciso, na descrição do fato deveria ter sido dito que se trata de créditos fiscais relativos a aquisições de materiais de construção, que, a depender da destinação, se consideram bens alheios à atividade do estabelecimento. O enquadramento no art. 97, IV, “c”, deveria fazer menção, não ao inciso III do § 2º (imóveis por acessão física), mas sim ao inciso I do § 2º (materiais não destinados à comercialização ou industrialização). Faltou, portanto, na descrição do fato, ser dito que se tratava de material de construção, mas os demonstrativos anexos deixam clara essa circunstância.

Já no caso do item 5º, em vez de ser descrito o ato considerado infração, a descrição inicia-se dando ênfase à multa que hipoteticamente a lei prevê para quem comete a infração, ou seja, a descrição dá

mais ênfase à “multa percentual” (consequência) do que ao cometimento imputado ao sujeito passivo (causa). Mas isso não prejudica o lançamento, pois fica evidente que foi aplicada uma multa pelo fato de ter sido verificada uma infração – falta de pagamento do imposto devido a título da chamada “antecipação parcial”, embora as saídas subsequentes tenham sido tributadas normalmente.

Ultrapasso a preliminar suscitada, pois considero que os fatos foram descritos de forma satisfatória e foram apresentados demonstrativos indicando a fonte dos dados levantados e os critérios adotados nos levantamentos fiscais.

A defesa requereu a realização de diligência e produção de prova pericial, a fim de serem comprovadas suas alegações, mediante o exame de seus documentos fiscais e contábeis.

Indefiro o pedido de diligência por falta de fundamentação eficaz, haja vista que a defesa não apresentou evidências de que o levantamento contivesse erros ou vícios que justifiquem tal medida.

Quanto ao mérito, relativamente ao item 2º, foi alegado – simplesmente alegado – que o fato de as operações autuadas apresentarem alíquota zero decorre de que os Cupons Fiscais foram cancelados. Não foi provado um cancelamento sequer. Para provar a alegação, o autuado requer a realização de diligência. Se houvesse algum indício de que realmente se tratasse de cancelamentos de Cupons, caberia a realização de diligência para averiguação. Porém não há como se deferir um pedido de diligência com base em mera alegação, sem qualquer evidência do que se pretende provar.

Na informação, o fiscal afirmou que não consta nos arquivos magnéticos a indicação de que as operações foram canceladas.

Por essas razões, concluo que a imputação não foi elidida. Mantenho o lançamento do item 2º.

No tocante ao item 3º, que cuida da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, a defesa sustenta respeitáveis considerações sobre os fatos e o direito. Há que se louvar o nível da defesa apresentada, fundada em boa teoria.

O autuado alega que se trata de mercadorias da cesta básica e por isso tem direito à manutenção integral do crédito de ICMS, tomando por fundamento o Convênio ICMS 128/94.

Esse convênio não se aplica neste caso porque as disposições de sua cláusula primeira são de natureza autorizativa: o Estado da Bahia ficou “autorizado” a pôr em sua legislação aquilo que foi acordado com os demais entes signatários, porém não fez uso daquela faculdade.

O art. 100, II, do RICMS/97 prevê que, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, deve ser feito o estorno (anulação) do crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias que forem objeto de operação subsequente com redução da base de cálculo, procedendo-se ao estorno proporcionalmente à redução.

Não há previsão da manutenção do crédito para as operações com as mercadorias objeto deste item 3º. Está caracterizada a infração.

Quanto ao 4º item, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a “entradas de bens imóveis por acessão física”, o autuado reclama que não consta na autuação quais foram os bens indevidamente aproveitados pela empresa, pois na infração imputada é dito, de forma genérica, que o crédito decorre de bens imóveis por acessão física.

Embora os demonstrativos às fls. 127/142 não especifiquem os bens ou materiais adquiridos, neles consta a indicação das Notas Fiscais de aquisição, e o demonstrativo acusa que se trata de materiais de construção. Diante de tais indicações, caso o autuante tivesse incluído alguma coisa que não se

enquadrasse na categoria de material de construção civil, cabia à defesa apontar o equívoco, para se averiguar e excluir, se fosse o caso. Porém a defesa não apontou um erro sequer. Limita-se a suscitar a necessidade de diligência, alegando ter por certo que o exame de seus documentos fiscais e contábeis é indispensável para o reconhecimento da improcedência dos débitos demandados.

Não há como ser deferido um pedido de diligência sem que sejam apresentadas evidências de que o levantamento contivesse erros ou vícios que justificassem tal medida.

No enquadramento legal da infração, foi citado o art. 97, IV, alínea “c”, combinado com o inciso III do § 2º, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

A primeira parte está correta: aplica-se neste caso o art. 97, IV, alínea “c”. Quanto à referência ao inciso III do § 2º, trata-se de circunstância que nada tem a ver com o presente caso, pois esse inciso III cuida de imóveis por “acessão física”, e no caso em exame se trata de materiais destinados ao emprego na categoria de imóveis por “acessão intelectual”. A referência correta deveria ser ao inciso I do § 2º: materiais não destinados à comercialização ou industrialização.

Nos termos do art. 97, IV, “c”, é vedado o crédito do imposto relativo à aquisição ou à entrada de mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, sendo que o § 2º, I, do mesmo artigo prevê que se consideram alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outros, os materiais não destinados à comercialização ou industrialização.

Em face da alusão, na descrição do fato, a “imóveis por acessão física”, torna-se necessário tecer algumas considerações acerca da classificação dos bens imóveis.

Caracterizam-se os bens imóveis pela circunstância de não poderem ser transportados sem que se altere a sua essência (uma casa, um terreno), contrapondo-se aos bens móveis, que podem movimentar-se ou possuem movimento próprio.

São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente, nos termos do art. 79 do Código Civil de 2002. O novo Código, contudo, não contém a consagrada classificação dos bens imóveis, como fazia o Código Civil de 1916, nas categorias de bens imóveis por sua natureza, bens imóveis por acessão física natural, bens imóveis por definição (ficação) legal e bens imóveis por acessão intelectual (ou destinação do proprietário).

Porém, embora o novo Código não contemple de forma expressa essa classificação, entende-se que continua havendo a previsão dos chamados imóveis por definição legal (art. 80). Também há consenso de que continuam a haver os imóveis por acessão física, pois o art. 79 se refere a tudo quanto se “incorporar” ao solo natural ou artificialmente. E apesar de a nova redação não trazer a antiga classificação do Código anterior, há quem sustente que elas continuam a existir, inclusive a relacionada à acessão intelectual, contida na segunda parte do art. 79 do novo Código.

No âmbito tributário, tem relevância a categoria dos imóveis por acessão intelectual (ou por destinação do proprietário), que diz respeito a tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade. Esse é o caso das máquinas existentes numa fábrica, as bancadas ou suportes construídos para fixar as máquinas e equipamentos, etc.

No caso de materiais de construção empregados para erguer paredes, rebocá-las ou pintá-las, ou de materiais empregados na cobertura, piso ou aformoseamento do prédio da fábrica ou loja, é vedado o crédito, pois se trata de bens que se convertem em imóveis por acessão física, utilizados em fins alheios à atividade do estabelecimento.

Porém, no caso das máquinas ou equipamentos que se incorporam fisicamente ao imóvel, inclusive os materiais “de construção” empregados em sua fixação ou incorporação física ao imóvel, embora

tais bens também se enquadrem na categoria dos imóveis por acessão intelectual, é legítimo o crédito do imposto incidente em sua aquisição.

Imóveis por acessão intelectual são aqueles que, embora tenham natureza de bens móveis, estão atrelados a um bem imóvel para atender a fins pretendidos pelo proprietário.

Em suma, o crédito glosado neste item 4º nada tem a ver com imóveis por “acessão física”, como consta na descrição do fato. Melhor seria enquadrar os materiais em discussão neste caso como imóveis por “acessão intelectual”. Trata-se na verdade de uma situação específica de materiais que são considerados alheios à atividade do estabelecimento porque não se destinam à comercialização, à industrialização ou à prestação de serviços tributáveis pelo ICMS. Se esses materiais de construção fossem destinados à confecção de bancadas ou suportes para fixação de máquinas ou equipamentos, seria legítimo o crédito. Sendo destinados a levantamento de paredes, reboco, pintura, piso, cobertura, encanamentos, fiação, etc., é vedado o crédito (RICMS/97, art. 97, § 2º, I).

Tendo em vista que a defesa não impugnou objetivamente os elementos materiais do lançamento de que cuida o item 4º, considero caracterizada a infração.

Quanto à abusividade das multas, por violação do inciso IV do art. 150 da Constituição, cumpre-me observar que elas têm previsão legal, e não é razoável discutir no âmbito administrativo a constitucionalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269274.0301/13-7**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 297.510,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, e VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 24.341,59**, prevista no inciso II, “d”, c/c o § 1º do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos moratórios, conforme dispõe a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 1º de outubro de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR