

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.431/17/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000503896-27
Impugnação: 40.010141093-61
Impugnante: Alcoa Alumínio S/A
IE: 518027950.00-03
Proc. S. Passivo: Fabiana Silva Bianucci/Outro(s)
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. Comprovado nos autos que se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário nos termos do art. 150 § 4º do Código Tributário Nacional relativo ao período anterior a 19/08/11, cancelam-se as exigências fiscais.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - BEM DO ATIVO PERMANENTE - BEM ALHEIO À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS de bens destinados ao ativo permanente alheios à atividade do estabelecimento, portanto, em desacordo ao previsto no art. 70, inciso XIII do RICMS/02 e Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98, que vedam a apropriação de tais créditos. Crédito tributário parcialmente reconhecido pela Autuada. Rerratificação do lançamento efetuada pela Fiscalização. Entretanto, devem ser excluídas ainda as exigências referentes aos projetos elétricos e de transmissão/readequação de energia elétrica/subestação elétrica e ao sistema de distribuição de gás natural (GLP). Mantidas as exigências remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, majorada em 100% (cem por cento) em razão de reincidência nos termos do art. 53 §§ 6º, 7º todos da Lei nº 6.763/75.

Decadência parcialmente reconhecida. Decisão pelo voto de qualidade.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação trata de aproveitamento indevido de créditos de ICMS ocorrido de forma fracionada a razão de 1/48 por mês, no período de janeiro de 2011 a julho de 2015, decorrente de aquisições de bens/materiais alheios à atividade do estabelecimento, ocorridas no período de janeiro a agosto de 2011.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI majorada em 100% (cem por cento), em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

O processo encontra-se instruído com Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 02); Auto de Infração - AI (fls. 03/08); Relatório Fiscal Auxiliar de fls. 09/12); Anexo 03: Planilha Consolidada mensal do crédito tributário de fls. 13/15; Anexo III: Comprovação da reincidência (fls. 16/30); Anexo IV: Planilha Demonstrativa do período, número de parcelas e crédito estornado (fls. 31/36); Anexo V: Planilha contendo função e local de aplicação dos itens cujos créditos foram estornados (montada pela Fiscalização) fls. 37/42; Anexo VI: Planilha contendo função e local de aplicação dos itens cujos créditos foram estornados (entregue pela Autuada – meio eletrônico (fls. 43/44); Anexo VII: Fluxograma ilustrando o processo produtivo do alumínio (fls. 46/48); Anexo VIII: Cópias de notas fiscais de entrada, por amostragem (fls. 49/67); Anexo IX: Cópia do livro de Controle do Ativo Permanente (CIAP) em mídia eletrônica (fls. 68/69); Anexo X: Intimações gerais e cumprimentos (fls. 71/96).

Da Impugnação e do reconhecimento parcial do crédito tributário

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 100/150 e anexa os documentos fls. 191/470, os quais encontram-se arrolados às fls. 151, da seguinte forma:

- Fluxograma – Processo Bayer (fls. 191 e 332/333);
- Parecer Técnico nº 18.717-301, elaborado pelo IPT (fls. 296/470);
- Informações e fotos sobre o projeto *New Sodeberg* (fls. 192/204);
- Norma Regulamentadora nº 9 (NR 9) + nº 15 (NR15) do Ministério do Trabalho e Emprego (fls. 205/258);
- Relação de itens defendidos com indicação do projeto/local de utilização Doc. 08 (fls. 262/295);
- Relação dos itens objeto de pagamento e comprovante de pagamento – Doc. 09a (fls. 261).

A Autuada, nessa oportunidade, reconhece, parcialmente, as exigências fiscais, conforme documento de fls. 261 (Doc. 9a da impugnação – planilha com a descrição do projeto e função de cada item – contendo o estorno dos créditos reconhecido (itens relativos a registro de ponto eletrônico, chapa de grelhados para o restaurante, vestiário feminino e outros itens sem projeto específico, DAE relativo ao recolhimento das exigências fiscais – fls. 259/260).

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Rerratificação do Lançamento

Às fls. 475/477, a Fiscalização colaciona aos autos o Termo de Rerratificação do Lançamento para incluir nova fundamentação legal (art. 70, inciso XIII, do RICMS/02), em razão da digitação incorreta do dispositivo originalmente constante no presente Auto de Infração – AI (art. 70, inciso XVIII, do citado Regulamento).

É colacionado aos autos, ainda, o Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 479/483, após as exclusões das exigências fiscais reconhecidas pela Autuada.

Devidamente intimada às fls. 484, conforme art. 120, §1º, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), a Autuada manifesta-se às fls. 486, oportunidade que reitera seus argumentos anteriores e destaca que a intimação, exclusivamente para pagamento da exigência fiscal na hipótese em questão, representa cerceamento do direito de defesa da Autuada.

A Fiscalização, às fls. 490, promove nova intimação da Autuada para que ela apresentasse impugnação em relação ao Termo de Rerratificação do Auto de Infração em exame.

Na ocasião, a Impugnante reitera seus argumentos anteriores e seu pedido pela improcedência do lançamento.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 499/519, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento em relação às exigências fiscais não reconhecidas pela Autuada.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 531/563, opina, em preliminar, pelo indeferimento da prova pericial requerida. Quanto à prejudicial de mérito, opina-se por não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período autuado. No mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto formula os quesitos de fls. 149.

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispendo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação trata de aproveitamento indevido de créditos de ICMS ocorrido de forma fracionada a razão de 1/48 por mês, no período de janeiro de 2011 a julho de 2015, decorrente de aquisições de bens/materiais alheios à atividade do estabelecimento, ocorridas no período de janeiro a agosto de 2011.

A Impugnante pugna pela aplicação do disposto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN, de modo a ver configurada a decadência, obstando o lançamento realizado pela Fiscalização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que concerne à decadência, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 146, delega competência à Lei Complementar para estabelecer as normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive a decadência, examine-se:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários. (Grifou-se).

Neste interim, o Código Tributário Nacional, lei complementar competente para estabelecer às normas atinentes a decadência tributária, prescreve que, para os tributos sujeito a lançamento por homologação, se a Lei não fixar o prazo para que o Ente homologue o lançamento, esta ocorrerá em 05 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, veja-se:

CTN

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (Grifou-se).

Neste sentido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pacificou seu entendimento segundo o qual, quando o tributo for sujeito a homologação e o Contribuinte tenha realizado recolhimento a menor, deve se aplicar o disposto no artigo 150 § 4º do CTN, examine-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. PRAZO. QUINQUENAL. TERMO A QUO. INCIDÊNCIA DO ART. 150, § 4º, DO CTN. LANÇAMENTO. AUTO DE INFRAÇÃO. REVISÃO. PRAZO DE DECADÊNCIA. ART. 149, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. AO CONTRÁRIO DO DEFENDIDO PELO ORA AGRAVANTE O PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO AGRAVADO NÃO ENSEJOU A ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO DOS AUTOS, MAS TÃO SIMPLEMENTE A INTERPRETAÇÃO DOS FUNDAMENTOS ACÓRDÃO RECORRIDO.

2. ESTA CORTE ENTENDE QUE, NOS TERMOS DOS ART. 145, III, E 149, VIII, E PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CTN, A REVISÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO É PERFEITAMENTE POSSÍVEL DESDE QUE REALIZADA DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL.

3. O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO FOI EFETIVADO POR MEIO DE AUTO DE INFRAÇÃO EM 25/2/2003, OCORRENDO TERMO DE REVISÃO DO REFERIDO AUTO EM 20/12/2004, CUJOS FATOS GERADORES SE DERAM NOS ANOS DE 01/1999 A 12/1999.

4. O PRAZO DECADENCIAL PARA A REVISÃO DO LANÇAMENTO É O MESMO PARA O LANÇAMENTO REVISADO; NO PRESENTE CASO, POR SE TRATAR DE TRIBUTO COM LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO E HAVENDO PAGAMENTO A MENOR, APLICA-SE A REGRA PREVISTA NO ART. 150, § 4º, DO CTN, OU SEJA, CINCO ANOS CONTADOS DO FATO GERADOR.

5. FOI EXTRAPOLADO O PRAZO DECADENCIAL DOS DÉBITOS REFERENTES DE 01/1999 A 11/1999, JÁ QUE O TERMO DE REVISÃO DEU-SE EM 20/12/2004. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (AGRG NO ARESP 397178 / ESAGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0315568-6. DATA DO JULGAMENTO 11/02/2014. DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 20/02/2014)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO PARCIAL. TERMO INICIAL. FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ART. 173, I, DO CTN. ORIENTAÇÃO CONFIRMADA EM RECURSO REPETITIVO. RECURSO MANIFESTAMENTE DESCABIDO. MULTA.

1. NA HIPÓTESE DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO O CONTRIBUINTE CONSTITUI O CRÉDITO, MAS EFETUA PAGAMENTO PARCIAL, SEM CONSTATAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, O TERMO INICIAL DA DECADÊNCIA É O MOMENTO DO FATO GERADOR. APLICA-SE EXCLUSIVAMENTE O ART. 150, § 4º, DO CTN, SEM A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ART. 173, I, DO MESMO DIPLOMA (RESP 973.733/SC, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 18/9/2009, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC).

2. IN CASU, OS FATOS GERADORES DIZEM RESPEITO AOS MESES DE JULHO A NOVEMBRO DE 1998, E A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO PELO FISCO OCORREU APENAS EM DEZEMBRO DE 2003, APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO QUINQUENAL (FL. 480). ACRESCENTE-SE QUE O TRIBUNAL A QUO CONSTATOU A EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO A MENOR, O QUE ATRAI A REGRA DO ART. 150, § 4º, DO CTN (FL. 479).

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. MULTA FIXADA EM 10% DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. (AGRG NO ARESP 200933 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ESPECIAL 2012/0145358-3.DATA DO JULGAMENTO
20/09/2012. DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 10/10/2012).

Diante disso, verifica-se que o direito da Fiscalização de realizar o lançamento de tributos sujeitos a homologação, desde que tenha ocorrido recolhimento a menor e respectiva entrega das obrigações acessórias, é de 5 (cinco) anos a contar do fato gerador, nos termos do art. 150 § 4º do CTN.

No caso em exame, a autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos, no período compreendido entre janeiro de 2011 a julho de 2015, situação na qual o estado de Minas Gerais teria 05 (cinco) anos a partir da efetiva ocorrência do fato gerador, para efetivar o lançamento do tributo devido.

É importante destacar que a Autuada cumpriu com todas as suas obrigações acessórias conforme dispõe a legislação vigente, com o que, o Estado teve pleno conhecimento da ocorrência dos fatos geradores, inclusive o aproveitamento do crédito que gerou o recolhimento à menor.

Desta feita, tendo em vista a data em que a Autuada fora intimada do lançamento, 19/08/16, resta comprovado que parte do direito da Fiscalização de constituir o crédito tributário decaiu, uma vez que ultrapassou os 5 (cinco) anos estabelecidos na legislação de regência, especialmente no que diz respeito aos fatos geradores anteriores a 19/08/11.

Com relação às exigências remanescentes consubstanciadas no Auto de Infração, a autuação trata de aproveitamento indevido de créditos de ICMS lançados na escrita fiscal da Autuada fracionados à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, decorrente de aquisições de bens/materiais alheios à atividade do estabelecimento, cujas aquisições ocorreram no período de setembro de 2011 a dezembro de 2012.

Os créditos do imposto objeto de glosa foram lançados na escrita fiscal da Autuada fracionados a razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês.

A planilha contendo o Consolidado Mensal do Crédito Tributário encontra-se às fls. 13/15 (Anexo II).

Os créditos do imposto glosados estão demonstrados no Anexo IV - Planilha demonstrativa do período, número de parcelas e crédito do imposto estornado (fls. 31/36); no Anexo V - Planilha contendo a função e o local de aplicação dos itens cujos créditos do imposto foram estornados – montada pela Fiscalização (fls. 37/42) e no Anexo VI - Planilha contendo a função e o local de aplicação dos itens cujos créditos do imposto foram estornados – entregue pela Autuada (fls. 44 - mídia eletrônica).

Consta do Anexo VII – Fluxograma ilustrando o processo produtivo do alumínio (fls. 46/48), Anexo VIII – Cópias das notas fiscais de aquisição de mercadorias, por amostragem (fls. 49/67), Cópia do livro Controle do Ativo Permanente (CIAP) em mídia eletrônica (fls. 69), Anexo X – Intimações geradas e respostas da Autuada (fls. 72/155).

Repita-se que na classificação fiscal dos bens/materiais objeto da glosa dos créditos do imposto foram observadas as informações prestadas pela Autuada, bem

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

como houve análise minuciosa do fluxograma operacional da empresa, embasando-se, ainda, a Fiscalização, em estudo do processo produtivo desenvolvido no estabelecimento autuado, ao longo de vários anos de acompanhamento e de visitas à planta industrial da empresa e, ainda, foram observadas decisões deste Conselho de Contribuintes.

Foram considerados alheios à atividade do estabelecimento autuado bens/materiais utilizados nos seguintes projetos (excluídos aqueles itens cujos estornos dos créditos do imposto foram reconhecidos pela Autuada – fls. 261) - Anexo V – fls. 37/42: sistema de distribuição de gás natural (GLP); lago de lama, repotencialização/adequação subestação de energia elétrica/aperfeiçoamento dos transformadores do sistema de energia; segurança do trabalho/melhoria no sistema de exaustão da sala de cubas e laboratório/moinho para preparo de amostras.

Consta dos autos que a atividade desenvolvida pelo estabelecimento autuado é a produção de alumínio e suas ligas em formas primárias e que essa atividade dá-se dentro de um processo tecnológico produtivo específico para tal, composto de diversas etapas sequenciais (refinaria, redução e lingotamento).

Sustenta a Fiscalização que as linhas principal e marginal de produção são claramente visualizadas no fluxograma de produção do estabelecimento autuado acostado às fls. 46/48 (Anexo VII). E que os itens objeto da glosa dos créditos do imposto são utilizados em linhas marginais ao processo produtivo, para os quais a legislação tributária não permite o creditamento do imposto.

Lado outro, no entender da Impugnante, a Constituição Federal garante ao contribuinte direito amplo no que se refere ao aproveitamento de crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as operações, cabendo à lei complementar regulamentar a matéria e que não é papel da legislação complementar restringir esse direito.

De fato, a Constituição da República de 1988, no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “c”, delegou à legislação complementar disciplinar o regime de compensação do imposto. Veja-se:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

(...)

Atendendo ao comando constitucional, a norma posta no art. 20 da Lei Complementar (LC) nº 87/96 assegura ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto referente às entradas de mercadorias no seu estabelecimento, inclusive aquelas destinadas ao seu uso ou consumo (com a ressalva quanto à limitação temporal, art. 33, inciso I, da LC nº 87/96) ou ao ativo permanente. No entanto, veda o aproveitamento do crédito do imposto, em relação às operações isentas ou não tributadas e às mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. Confira-se:

LC nº 87/96:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

(...)

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

(...)

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020; (grifou-se).

Assim, de modo contrário à tese da Impugnante, depreende-se da leitura dos dispositivos legais que regem a matéria, que o direito ao crédito não é irrestrito, mas está condicionado ao cumprimento da legislação específica sobre a matéria.

Corroboram o entendimento, ora externado, várias decisões judiciais, dentre as quais se destaca a seguinte:

PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRIBUTÁRIO. ICMS. MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. UTILIZAÇÃO NO ESTABELECIMENTO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE. SELIC. APLICAÇÃO. O ARTIGO 155, § 2º, INCISO XII, ALÍNEA "C", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DETERMINA QUE CABE À LEI COMPLEMENTAR DISCIPLINAR O REGIME DE COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PREVISTO NO INCISO II, DO "CAPUT", DO ALUDIDO

ARTIGO (ICMS). (...) O DIREITO AO CREDITAMENTO NÃO TEM A NATUREZA DE CRÉDITO FINANCEIRO, PELO QUE VEDADO O CREDITAMENTO DE ICMS REFERENTE A OPERAÇÕES EXTRÍNSECAS À ATIVIDADE PRODUTIVA DO CONTRIBUINTE. INCABÍVEL O PLEITO DA APELANTE DE AFASTAR A APLICAÇÃO DE MULTA POR INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA EIS QUE A PENALIDADE É PREVISTA EM LEI, OCORRIDA A INFRAÇÃO FISCAL, O QUE ESTÁ PREVISTO NA LEI N. 6.763/75. APELO IMPROVIDO. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0480.01.027485-4/008, RELATOR(A): DES.(A) CLÁUDIO COSTA, 5ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 09/08/2007, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 22/08/2007)

(...)

DA NÃO-CUMULATIVIDADE

DE FATO, O ARTIGO 155, § 2º, INCISO XII, ALÍNEA "C", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DETERMINA QUE CABE À LEI COMPLEMENTAR DISCIPLINAR O RÉGIME DE COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PREVISTO NO INCISO II, DO "CAPUT", DO ALUDIDO ARTIGO (ICMS).

(...)

DESTA FORMA, PARA O APROVEITAMENTO, PELO CONTRIBUINTE, DE CRÉDITOS RELATIVOS A ENTRADAS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO, CONSUMO OU ATIVO FIXO DE SEU ESTABELECIMENTO, DEVE SER RESPEITADO O DISPOSTO NA LEI COMPLEMENTAR QUE REGULA A MATÉRIA.

NESTES TERMOS, DISPÕE A LEI COMPLEMENTAR N. 87/1996: "ART. 20. PARA A COMPENSAÇÃO A QUE SE REFERE O ARTIGO ANTERIOR, É ASSEGURADO AO SUJEITO PASSIVO O DIREITO DE CREDITAR-SE DO IMPOSTO ANTERIORMENTE COBRADO EM OPERAÇÕES DE QUE TENHA RESULTADO A ENTRADA DE MERCADORIA, REAL OU SIMBÓLICA, NO ESTABELECIMENTO, INCLUSIVE A DESTINADA AO SEU USO OU CONSUMO OU AO ATIVO PERMANENTE, OU O RECEBIMENTO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL OU DE COMUNICAÇÃO.

...OMISSIS...

§ 1. NÃO DÃO DIREITO A CRÉDITO AS ENTRADAS DE MERCADORIAS OU UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS RESULTANTES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, OU QUE SE REFIRAM A MERCADORIAS OU SERVIÇOS ALHEIOS À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO."

ASSIM, A PRETENSÃO DA APELANTE DE REALIZAR O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DA AQUISIÇÃO DE BENS DE USO E CONSUMO FUNDAMENTA-SE NA ALEGAÇÃO DE QUE O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE, PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO, SERIA NORMA DE EFICÁCIA IMEDIATA, SENDO QUE QUALQUER LIMITAÇÃO TEMPORAL À SUA APLICAÇÃO, CONFIGURARIA RESTRIÇÃO INDEVIDA AO SEU DIREITO. ORA, O DIREITO AO CREDITAMENTO NÃO TEM A NATUREZA DE

CRÉDITO FINANCEIRO, PELO QUE VEDADO O CREDITAMENTO DE ICMS REFERENTE A OPERAÇÕES EXTRÍNSECAS À ATIVIDADE PRODUTIVA DO CONTRIBUINTE, TENDO ESTA CÂMARA DECIDIDO:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO RELATIVO A AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EMPREGADOS EM OBRAS DE EXPANSÃO DE ESTABELECIMENTO. NÃO-CUMULATIVIDADE. LC 87/96, ART. 20.

COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS A ATIVO IMOBILIZADO. NÃO CUMULATIVIDADE DO IMPOSTO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 87/96 E ALTERAÇÕES POSTERIORES, QUE RESTRINGEM A COMPENSAÇÃO DO CRÉDITO. IMPROCEDÊNCIA DA PRÉTENSÃO." (TJMG, 5. CÂMARA CÍVEL, AP. 1.0024.03.101451-7/002, REL. DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO, JULGADO EM 07/04/2005, PUBLICADO EM 29/04/2005).

A LC Nº 87/1996 ESTABELECE QUE OS BENS ALHEIOS À ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA NÃO ENSEJAM O APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS.

NESTES TERMOS, NÃO HÁ ÓBICE CONSTITUCIONAL OU LEGAL À VEDAÇÃO AO APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS RELATIVOS À ENTRADA DE MERCADORIAS OU AOS SERVIÇOS RECEBIDOS QUE SE DESTINEM À CONSTRUÇÃO, REFORMA OU AMPLIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO. (GRIFOU-SE).

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. APROVEITAMENTO DO CRÉDITO. ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. (...) SEGUNDO O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL, COMPETE À LEI COMPLEMENTAR DISCIPLINAR O REGIME DE COMPENSAÇÃO DO TRIBUTO, O QUE SIGNIFICA QUE A REGRA DA NÃO-CUMULATIVIDADE NÃO É ABSOLUTA, POIS DEPENDE DE LEI REGULAMENTADORA, DEFININDO OS CASOS EM QUE SERÁ PERMITIDO O APROVEITAMENTO CREDITÍCIO. APELO NÃO PROVIDO. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0000.00.309356-4/000, RELATOR(A): DES.(A) CÉLIO CÉSAR PADUANI, 6ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 19/08/2003, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 03/10/2003) (GRIFOS ACRESCIDOS).

Nota-se que a Lei Complementar nº 87/96, ao autorizar o aproveitamento do crédito do imposto referente aos bens do ativo imobilizado, limita a natureza das aquisições aptas a gerar a apropriação, não autorizando o creditamento para as mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

A Lei nº 6.763/75 traz idêntica literalidade dos dispositivos contidos na LC nº 87/96 ao tratar da matéria.

Do mesmo modo, no art. 70, inciso XIII, do RICMS/02 consta:

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XIII - o imposto se relacionar à entrada de bens ou ao recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento;

§ 3º Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração ou prestação de serviço de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação. (Grifou-se)

(...).

Por sua vez, a Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98 dispõe sobre mercadorias/bens alheios à atividade do estabelecimento, para fins de vedação ao crédito do ICMS, definindo-os nos seguintes termos:

Art. 1º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento:

I - os veículos de transporte pessoal;

II - os bens entrados, inclusive mercadorias, ou os serviços recebidos e que:

a - sejam utilizados em atividade exercida no estabelecimento fora do campo de incidência do imposto;

b - sejam utilizados em atividades de capacitação técnica, de cultura, de lazer, esportivas, ou de profilaxia dos empregados, ainda que visem a aumentar a produtividade da empresa;

c - não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços.

III - as mercadorias ou os serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento. (Grifou-se).

Conforme se observa, parte dos produtos autuados não geram direito a créditos do ICMS, nos termos da legislação que rege a matéria.

Vê-se, pois, que parte da glosa dos créditos efetuada pela Fiscalização está respaldada no art. 1º, incisos II e III, da Instrução Normativa nº 01/98 e nas disposições da IN SLT nº 01/86, as quais estão em consonância com as disposições contidas na legislação complementar.

Por oportuno, é importante destacar que o critério da “utilização na consecução da atividade econômica” é condição necessária, mas não suficiente (como defendido pela Impugnante), para determinação se um bem, integrante do ATIVO IMOBILIZADO, é ou não alheio à atividade do estabelecimento, nos termos definidos na Instrução Normativa nº 01/98.

Assim, não basta que sejam os bens utilizados na consecução da atividade econômica e, sim, que exerçam ação intrínseca no processo de produção, nos termos do

art. 1º, inciso II, alínea “c”, da referida instrução normativa (*participação intrínseca no processo de produção de alumínio e suas ligas em formas primárias, no caso da Impugnante*):

Art. 1º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento:

(...)

II - os bens entrados, inclusive mercadorias, ou os serviços recebidos e que:

(...)

c - não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços.

O termo “alheio” não deve ser interpretado no sentido literal, como algo que não tenha relação com a empresa. Em termos meramente tributários, para efeito de vedação à apropriação de créditos de ICMS, o legislador conceituou como bens alheios aqueles que não sejam utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços.

Vale dizer que a essencialidade ou imprescindibilidade explica a utilização dos produtos, mas não a pretensão da Impugnante, qual seja, a desclassificação dos produtos como alheios a sua atividade.

Defende a Impugnante que todos os produtos em relação aos quais a Fiscalização não admitiu o aproveitamento do crédito do imposto, além de serem destinados ao seu ativo imobilizado, vinculam-se com as atividades realizadas pelo estabelecimento autuado, o que, no seu entender, legitima o creditamento do imposto a eles referentes.

Sustenta, ainda, a Impugnante que a caracterização dos bens como ativo imobilizado de uma empresa deve também ocorrer em função dos custos incorridos, da temporalidade (expectativa de utilização das peças maiores e equipamentos sobressalentes superior a 12 meses), especificidade do bem (peças separadas e equipamentos de manutenção aplicados a um único item do ativo imobilizado devem ser registrados como tais) e de sua utilização econômica (outros ativos adquiridos, por exemplo, por motivo de segurança e proteção ao meio ambiente).

Argui a Impugnante que a legislação do imposto de renda não avalia critérios técnicos para estabelecer o que deve ser considerado Ativo Imobilizado, delimitando, apenas, um valor financeiro e um prazo de vida útil, ponderando pela utilização da definição contida nos arts. 178 e 179 da Lei nº 6.404/76.

Discorre ainda que “eventual contabilização de itens individuais não descaracteriza um projeto como um todo, devendo aqueles registros ser considerados em função de sua situação também como um todo, pois assim foram destinados, ou seja, de maneira global, e não isolada” (...) “isso porque os materiais consumidos ou aplicados na obtenção de um equipamento, maquinário ou mesmo um determinado

edifício novo devem ser immobilizados, gerando crédito da mesma forma que aqueles existentes na manutenção, aprimoramento ou melhoria do equipamento existente”.

Argui a Impugnante que os bens/materiais, em relação aos quais houve a glosa dos créditos do imposto, atendem perfeitamente aos ditames contidos nos §§ 5º e 6º do art. 66 do RICMS/02.

Contudo, parte dos bens por ela classificados como “bens alheios” fazem parte, inequivocamente, do Ativo Immobilizado da empresa, mas, apesar de contabilmente terem esse enquadramento, a Impugnante não faz jus ao crédito do imposto a eles referentes, tendo em vista que parte destes bens enquadram-se na definição de bens alheios à atividade do estabelecimento contida no art. 70, § 3º, do RICMS/02 c/c as disposições da Instrução Normativa IN DLT/SRE nº 01/98, já mencionados.

Desta feita, é incontroverso que as aquisições de bens destinados ao ativo immobilizado ensejam direito ao crédito de ICMS, desde que atendidas as condições estabelecidas na legislação tributária, especialmente as disposições contidas nos §§ 5º e 6º do art. 66 do RICMS/02, a seguir reproduzidos, e na Instrução Normativa IN DLT/SRE 01/98, o que não é o caso de parte dos bens objeto da glosa dos créditos do imposto:

Art. 66. Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

(...)

II - à entrada de bem destinado ao ativo immobilizado do estabelecimento, observado o disposto nos §§ 3º, 5º, 6º e 12 a 16 deste artigo;

Efeitos de 15/12/2002 a 30/11/2011 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 8º, I, ambos do Dec. nº 43.443, de 17/07/2003:

“II - à entrada de bem destinado ao ativo permanente do estabelecimento, observado o disposto nos §§ 3º, 5º e 6º deste artigo;”

(...)

§ 3º O abatimento, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo immobilizado do estabelecimento observará o seguinte:

Efeitos de 15/12/2002 a 30/11/2011 - Redação original:

§ 3º O abatimento, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo permanente do estabelecimento observará, além do disposto nos §§ 7º a 10 do artigo 70 deste Regulamento, o seguinte:”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - será feito à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento;

II - a fração de 1/48 (um quarenta e oito avos) será proporcionalmente aumentada ou diminuída, pro rata die, caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês civil;

III - na hipótese de alienação, transferência, perecimento, extravio ou deterioração do bem, ou de o bem deixar de ser utilizado de forma definitiva na atividade do estabelecimento antes do término do quadragésimo oitavo período de apuração, contado a partir daquele em que tenha ocorrido a sua entrada no estabelecimento, não será admitido, a partir do período de apuração subsequente ao da ocorrência do fato, o abatimento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;

IV - além do lançamento em conjunto com os demais créditos, no momento da apuração do imposto, no montante determinado, conforme o caso, pelos incisos I e II deste parágrafo ou pelo § 8º do art. 70 deste Regulamento, o valor do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado e o crédito correspondente serão escriturados no documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP).

Efeitos de 15/12/2002 a 30/11/2011 - Redação original:

III - na hipótese de alienação do bem antes do término do quadragésimo oitavo período de apuração, contado a partir daquele em que tenha ocorrido a sua entrada no estabelecimento, não será admitido, a partir do período em que ocorrer a alienação, o abatimento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;

IV - além do lançamento em conjunto com os demais créditos, no momento da apuração do imposto, no montante determinado, conforme o caso, pelos incisos I e II deste parágrafo ou pelo § 8º do artigo 70 deste Regulamento, o valor do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo permanente e o crédito correspondente serão escriturados no livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), modelo C.

(...)

§ 5º Para fins de aproveitamento de crédito, o bem destinado ao ativo imobilizado deve

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

satisfazer, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

Efeitos de 15/12/2002 a 30/11/2011 - Redação original:

§ 5º Para fins de aproveitamento de crédito, o bem destinado ao ativo permanente deve satisfazer, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

I - ser de propriedade do contribuinte;

II - ser utilizado nas atividades operacionais do contribuinte;

III - ter vida útil superior a 12 (doze) meses;

IV - a limitação de sua vida útil decorrer apenas de causas físicas, tais como o uso, o desgaste natural ou a ação dos elementos da natureza, ou de causas funcionais, como a inadequação ou o obsolescimento;

V - não integrar o produto final, exceto se de forma residual;

VI - ser contabilizado como ativo imobilizado.

§ 6º Será admitido o crédito, na forma do § 3º deste artigo, relativo à aquisição de partes e peças empregadas nos bens a que se refere o parágrafo anterior, desde que:

I - a substituição das partes e peças resulte aumento da vida útil prevista no ato da aquisição ou do recebimento do respectivo bem por prazo superior a 12 (doze) meses; e

II - as partes e peças sejam contabilizadas como ativo imobilizado. (Grifou-se)

Especificamente em relação aos bens cujos créditos do imposto foram estornados, a Impugnante argui que eles referem-se à consecução de projetos específicos, tais como: “controle de emissão de gases e monitoramento”, “sistema de reaproveitamento de soda”, “lago de lama” e “repotencialização”, os quais, na sua concepção, estão diretamente relacionados ao seu processo produtivo, sendo utilizados, “direta ou indiretamente”, em seu processo industrial e/ou produtivo. Por isso, entende fazer *jus* ao creditamento do imposto a eles relativos.

A Impugnante tece considerações específicas sobre os projetos nos quais tais bens foram aplicados às fls. 123/130.

Como bem aponta a Fiscalização (fls. 515), equivocou-se a Impugnante, pois não foram estornados neste lançamento créditos do imposto relativos ao projeto *New Soderberg*, conforme se constata do Anexo V - Planilha contendo a função e o local de aplicação dos itens cujos créditos do imposto foram estornados – (fls. 37/42):

5.5 - Projeto *New Soderberg*: não houve estorno para itens integrantes deste projeto e descritos como tal pela Impugnante (ver planilhas Anexo V e Anexo VI).

Em autuações anteriores (AI nº 01.000247150,59, Acórdãos nº 21.918/15/1ª e nº 4.519/15/CE e AI nº 01.000392508.71, em fase de julgamento pelo CC/MG) a Fiscalização estornou itens nesta legenda “Projeto New Soderberg” alocados no projeto específico denominado pela Autuada de BZ 5140 e que abrangia todos os equipamentos/itens afeitos ao controle ambiental vinculados a este projeto, porém, neste presente trabalho a Fiscalização não identificou itens referentes a este projeto BZ 5140. Todos os itens relacionados à exaustão de gases estão na legenda “Segurança do trabalho/melhorias no sistema de exaustão da sala das cubas (ver item 5.1 desta manifestação fiscal”.

A Fiscalização, por sua vez, apresenta suas análises em relação aos projetos nos quais os bens, objeto de glosa de créditos do imposto, foram aplicados às fls. 510/515. São eles:

Lago de lama:

Alega a Impugnante, em síntese, que o “lago de lama” não se encontra no final do processo produtivo, como fez parecer a Fiscalização, mas sim, no meio deste, conforme fluxograma do seu estabelecimento industrial.

Explica a Impugnante que a atividade por ela desenvolvida ocorre com a utilização de dois lagos de lama, de forma simultânea, constituindo, efetivamente, tal projeto, em um equipamento com o objetivo de reaproveitar a soda utilizada no processo produtivo, além de promover o resfriamento da água.

Ressalta a Impugnante que em um dos lagos é despejada a água que vem da fábrica com a lama e mais a soda e o aluminato de sódio em suspensão. E que o aluminato de sódio é residual, mas é matéria-prima básica do alumínio ou dos produtos intermediários que podem e são comercializados.

Alega a Defesa que parte do aluminato já foi retirada no “processo de digestão”, mas parte dele que foi para o lago pode e é aproveitada, posteriormente, nos retornos subsequentes, o mesmo ocorrendo com a soda, que é líquida e uma matéria-prima muito cara. E que a lama fica no primeiro lago e a soda e o aluminato são remetidas para o lago seguinte (*colling pond*) para reaproveitamento.

Sobre esse item do estorno de créditos do imposto, a Impugnante acosta aos autos laudo exarado pelo IPT – Instituto de Pesquisas Tecnológicas (fls. 319/492) “Avaliação do Processo de Digestão da Bauxita na obtenção do alumínio, com enfoque em alguns equipamentos/sistemas implantados nas etapas produtivas, visando a análise de suas funções e classificação como parte integrante do processo produtivo”.

Já a Fiscalização esclarece que o “lago de lama” nada mais é do que uma barragem de rejeitos industriais, que são estruturas, as quais têm, em geral, a finalidade de reter resíduos sólidos e água dos processos industriais, visando resguardar o meio ambiente de contaminação química e/ou outras e também contaminação de águas de superfície e subsuperfície.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Explica a Fiscalização que, no processo industrial do estabelecimento autuado, o “lago de lama” é considerado uma linha marginal ou auxiliar, na medida em que funciona, além de depósito de resíduos não aproveitáveis (lama), como uma estação de tratamento de água industrial e resíduos sólidos. E que nas decisões deste Conselho de Contribuintes ele foi considerado como linha marginal/auxiliar, conforme Acórdãos nºs 20.113/13/2ª, 21.918/15/1ª e nº 4.519/15/CE, sendo que a soda, além de parte da água, é reciclada e volta para o processo industrial.

Assevera a Fiscalização que toda a estrutura que compõe o “lago de lama” em nenhum momento entra em contato com o produto fabricado (alumínio), ao contrário, geograficamente, situa-se distante da linha principal de produção. E que o fato de reciclar alguns produtos que seguirão novamente para o processo produtivo, não descaracteriza a sua essência de linha marginal e sua vinculação com o setor de meio ambiente. O que poderia ter vínculo com a linha principal seria o resultado da reciclagem da água e soda, e não o “lago de lama”.

Com razão a Fiscalização, pois, conforme várias decisões deste Conselho de Contribuintes, é indevido o aproveitamento do crédito do imposto relativo a bens/materiais utilizados no “lago de lama” por não preencherem os requisitos previstos na legislação tributária para tal *mister*. Cita-se, a propósito, o Acórdão nº 19.644/10/3ª, no qual restou consignado que:

ACÓRDÃO Nº 19.644/10/3ª

(...)

NÃO FORAM ACOLHIDOS OS ARGUMENTOS DA AUTUADA RELATIVOS AO PROJETO OPSIS, PROJETO DA PLATAFORMA DE AMOSTRAGEM DAS CHAMINÉS, PROJETO DE RECUPERAÇÃO DO TELHADO DA SALA DE CUBAS E SOBRE O LAGO DE LAMA. TAIS PROJETOS ESPECÍFICOS OU ITENS INDIVIDUAIS NÃO TÊM NENHUMA RELAÇÃO DIRETA COM A FABRICAÇÃO DO ALUMÍNIO, CONFORME DEMONSTRADO PELO FISCO.

DE IGUAL MANEIRA, O LAGO DE LAMA É BARRAGEM DE REJEITOS INDUSTRIAIS E NÃO ENTRA EM CONTATO COM O ALUMÍNIO FABRICADO, POR ISSO TAMBÉM NÃO GERA CRÉDITO DO ICMS.
(GRIFOS ACRESCIDOS).

O fato de reciclar alguns produtos que seguirão novamente para o processo produtivo, não descaracteriza a sua essência de linha marginal e intimamente vinculada ao setor de meio ambiente.

No mesmo direcionamento, verifica-se, ainda, os Acórdãos nºs 20.113/13/2ª, 4.117/13/CE, 20.115/13/2ª e, mais recentemente, o Acórdão de nº 4.519/15/CE.

Dessa forma, correta a glosa dos créditos do imposto quanto a este item do lançamento.

Sistema de distribuição de gás natural (GLP):

Destaca a Impugnante que este projeto refere-se a construção de um sistema propulsão (e não de aquecimento), distribuição e controle do gás natural dentro da

planta, bem como conservação dos equipamentos para utilização de sistema de combustão dual óleo/gás natural, ressaltando que a conversão do sistema de combustão para operação com gás natural em substituição à operação com óleo combustível, diminui a emissão de dióxido de carbono. Assim, tais equipamentos estão vinculados diretamente à produção.

A Fiscalização, por sua vez, analisa este projeto com os mesmos argumentos constantes no item relativo à distribuição de energia elétrica “repotencialização: projetos elétricos e de transmissão/readequação de energia elétrica/subestação elétrica”.

Explica a Fiscalização que o gás natural utilizado no processo industrial tem a função precípua de substituir a utilização de energia elétrica, por ter custo inferior. Portanto, toda a sua rede de distribuição/controlar/propulsão equivale à rede de transmissão de energia para o complexo empresarial, o que permite equivaler as razões para o estorno de créditos de imposto para ambos os itens.

Denota-se que se trata de um sistema de propulsão, distribuição e controle do gás dentro da planta que estão diretamente ligados à produção, com o que geram direito ao crédito e deve ser excluído as exigências referentes ao respectivo sistema.

Quanto ao projeto de Repotencialização: projetos elétricos e de transmissão/readequação de energia elétrica/subestação elétrica, sustenta a Impugnante que a energia elétrica caracteriza-se como matéria-prima utilizada na produção de alumínio, conseqüentemente todos bens/materiais que são empregados com a finalidade de permitir o seu transporte/transmissão podem ser considerados para fins de aproveitamento de créditos de ICMS, sob pena de ferir o primado da não cumulatividade do imposto. Reporta-se ao Acórdão nº 3.722/11/CE que reconheceu que a energia elétrica constitui matéria-prima da produção de alumínio.

Conclui a Impugnante que todo o material empregado para possibilitar a utilização da energia elétrica no processo produtivo ou que sirvam de transporte para essa matéria-prima deve permitir o aproveitamento do crédito do imposto.

Argui que o aparelho de ar condicionado para resfriamento da subestação, cuja obrigatoriedade, além de técnica, está prevista na NR 15 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Conforme denota-se dos documentos acostados nos autos, o consumo da energia elétrica é o insumo mais importante para o processo produtivo da Autuada, com o que, sem projeto de repotencialização não seria possível transportar a energia elétrica, e conseqüentemente não seria possível produzir, ficando comprovado o seu direito ao crédito com relação a estes itens.

Portanto, devem ser excluídos as exigências fiscais referente ao respectivo projeto.

Projeto de controle de emissão de gases e monitoramento:

Segundo a Impugnante, trata-se da aquisição e instalação nas dependências industriais e, especialmente, nas salas de cubas da fábrica de alumínio, de diversos sistemas de monitoração contínua de emissões gasosas que permitem acompanhar as

concentrações de fluoreto de hidrogênio, dióxido de carbono, dióxido de enxofre e vapor de água.

Explica a Impugnante que parte fundamental do processo industrial da Autuada dá-se em cubas onde ocorre a redução eletrolítica da alumina (Al₂O₃) em alumínio primário (Al). E que tais cubas operam em uma temperatura média de 953°C (Celsius) e das diversas reações químicas desse processo ocorre a geração de gases retromencionados, dentre outros.

Informa a Impugnante que, dentre os gases supracitados, o fluoreto de hidrogênio é um gás tóxico, que pode causar danos ao meio ambiente. E o dióxido de carbono é o principal gás causador do efeito estufa, pelo que se torna de fundamental importância a instalação de equipamentos destinados ao controle da emissão de gases e, conseqüentemente, atender às normas ambientais, medida indispensável para o regular exercício da atividade da empresa.

Registra a Impugnante que a implementação desse projeto possibilitou a ela obter dados para o programa de diminuição de exposição dos operadores das salas de cubas, bem como reduzir as perdas de fluoreto e gerar informações para a estação meteorológica da fábrica, permitindo, com isso, a modelagem da dispersão de poluentes atmosféricos.

Sustenta que o projeto serve como indispensável ferramenta de controle do processo, permitindo monitorar a selagem das cubas utilizadas no processo industrial, evitando a perda de energia por radiação.

Por fim, alega que a obrigatoriedade dessas immobilizações encontra-se determinada na Norma Regulamentadora nº 15 (NR 15) do Ministério do Trabalho e Emprego, colacionada aos autos.

Com relação a esse projeto, a Fiscalização deixou consignado:

É evidente, pela explanação da própria Impugnante e dentro do conceito de linha principal e marginal, que estes equipamentos/projetos se localizam em linha claramente marginal, ou seja, de segurança, qualidade e saúde do trabalho, não guardando, apesar de sua importância, relação alguma com a fabricação do alumínio, nos moldes propostos pela legislação vigente. É notório, portanto, que tais projetos têm por finalidade atender as disposições legais da legislação ambiental e/ou legislação trabalhista, restando claro que não fazem parte do processo de produção de alumínio, não dando direito, então, ao alegado creditamento. (Grifou-se).

Verifica-se que os créditos do imposto ora estornados referem-se a peças de substituição/reposição de equipamentos (conforme informações da Autuada - CD de fls. 44), as quais foram destinadas a serem utilizados na atividade de controle ambiental e em atendimento à legislação trabalhista, e não na atividade industrial de transformação de matéria-prima, e, por isso, são consideradas alheias à atividade

industrial de transformação. Assim, não coube e não cabe direito a crédito de ICMS em relação à aquisição dos mesmos.

A essencialidade e a obrigatoriedade dos equipamentos e sistemas de segurança, mesmo decorrentes de disposições legais e exigências do Ministério do Trabalho, não estão vinculadas à atividade de industrialização da Autuada, sendo considerados alheios à atividade do estabelecimento.

Da mesma forma, os itens destinados ao controle ambiental são considerados alheio à atividade do estabelecimento, uma vez que não desenvolve qualquer ação intrínseca no processo produtivo propriamente dito (produção de alumínio, no presente caso), não gerando, pois, direito a créditos do ICMS, nos termos estabelecidos na legislação tributária citada.

Laboratório/moinho para preparo de amostras:

Foram estornados créditos do imposto relativos ao equipamento “moinho moda”, utilizado no laboratório conforme informação da Autuada (mídia eletrônica de fls. 44).

Os bens do imobilizados utilizados em laboratórios, são classificados como alheios à atividade do estabelecimento, uma vez que não exercem nenhuma ação intrínseca no processo produtivo propriamente dito (produção de alumínio e suas ligas) ou na comercialização do produto final, nos termos do art. 1º, inciso II, alínea “c” da referida Instrução Normativa nº 01/98.

Corroboram esse entendimento, várias decisões deste Conselho de Contribuintes, dentre as quais se destacam os Acórdãos de nºs 4.321/14/CE, 4.528/15/CE e 4.543/16/CE.

Dessa forma, em relação aos itens em análise, caracterizados como alheios à atividade do estabelecimento, há óbice legal para o creditamento do imposto pretendido pela Impugnante, conforme o disposto no art. 70, inciso XIII, do RICMS/02.

Portanto, corretas as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação e da Multa Isolada prevista respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI, da Lei nº 6.763/75.

Sustenta, também, a Impugnante que houve cobrança de penalidades em duplicidade.

Contudo não assiste razão à Impugnante. Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal (por deixar de recolher imposto devido). Já a multa capitulada no art. 55, inciso XXVI, da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória, concernente ao aproveitamento indevido de créditos do imposto:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada obteve autorização do Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)(GRIFOU-SE)

A multa isolada foi corretamente majorada em razão da constatação de reincidências, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, da Lei nº 6.763/75, em 100% (cem por cento) em todo o período autuado:

Art. 53. (...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

Da análise dos documentos comprobatórios da reincidência acostados aos autos pela Fiscalização, às fls. 20/36, e das informações constantes do relatório fiscal (fls. 14), constata-se que as autuações que fundamentaram as citadas majorações foram as seguintes:

- PTA nº 01.000155515-96, Multa Isolada exigida prevista no art. 55, inciso XXVI, da Lei nº 6.763/75, parcelado em 31/03/08;

- PTA nº 01.000157980-36, Multa Isolada exigida prevista no art. 55, inciso XXVI, da Lei nº 6.763/75, decisão irrecorrível publicada em 16/05/09 (Acórdão nº 3.416/09).

Informou, ainda, a Fiscalização, como comprovação da constatação da reincidência (relatório fiscal e às fls. 21), os PTAs nºs 01.000157980-36 (parcelamento em 26/03/08) e 01.000163520-91 (Acórdão nº 19.644/10/3ª publicado em 17 de julho de 2010), em razão do esgotamento do prazo de vigência para aplicação da reincidência (§6º do art. 53) relativo aos PTAs citados acima.

Detalhou a Fiscalização às fls. 20/36 (Anexo III), mais especificamente às fls. 22, esquematicamente a caracterização da reincidência ao longo do período autuado.

As questões de cunho constitucional alegadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e do art. 110, inciso I, do RPTA.

No que se refere à utilização da Taxa Selic (Taxa Referencial do Sistema de Liquidação e Custódia), para cálculo dos juros moratórios devidos, vale dizer que sua aplicação encontra-se respaldada no art. 161 do CTN, arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75, bem como na Resolução nº 2.880/97, *in verbis*:

CTN:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 127. Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

(...)

Art. 226. Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Resolução n° 2.880/97:

Art. 1º Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Ressalta-se que aplicando a Lei dos Recursos Repetitivos (11.672/08) a 1ª seção do STJ consolidou a legitimidade da Taxa Selic como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais.

Dessa forma, o procedimento sob exame não afronta as disposições legais, mas, ao contrário, pauta-se exatamente nos parâmetros da legislação de regência.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Quanto à prejudicial de mérito, pelo voto de qualidade, em reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período anterior a 19/08/2011. Vencidos, em parte, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Maria de Lourdes Medeiros, que não a reconheciam. No mérito, pelo voto de qualidade, quanto às exigências remanescentes, em julgar parcialmente procedente o lançamento, considerando o Termo de Rerratificação de fls. 475/483 e, ainda, para excluir as exigências referentes aos projetos elétricos e de transmissão/readequação de energia elétrica/subestação elétrica e ao sistema de distribuição de gás natural (GLP), devendo ser considerado, também, os recolhimentos de fls. 259/260. Vencidos, em parte, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Maria de Lourdes Medeiros, que não excluía as exigências referentes aos projetos elétricos e de transmissão/readequação de energia elétrica/subestação elétrica e ao sistema de distribuição de gás natural (GLP); e o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Relator), que excluía, ainda, as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exigências referentes ao lago de lama. Designado relator o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 11 de maio de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator designado

CS/T

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.431/17/2 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000503896-27	
Impugnação:	40.010141093-61	
Impugnante:	Alcoa Alumínio S/A	
	IE: 518027950.00-03	
Proc. S. Passivo:	Fabiana Silva Bianucci/Outro(s)	
Origem:	DF/Poços de Caldas	

Voto proferido pelo Conselheiro Marco Túlio da Silva, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação trata de aproveitamento indevido de créditos de ICMS ocorrido de forma fracionada a razão de 1/48 por mês, no período de janeiro de 2011 a julho de 2015, decorrente de aquisições de bens/materiais alheios à atividade do estabelecimento, ocorridas no período de janeiro a agosto de 2011.

Exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da Lei nº 6.763/75, respectivamente, sendo esta majorada em 100% (cem por cento), em razão da constatação de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, da citada lei.

O voto vencedor, quanto à prejudicial de mérito, reconheceu a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período anterior a 19/08/11. No mérito, pelo voto de qualidade, quanto às exigências remanescentes, julgou parcialmente procedente o lançamento, considerando o Termo de Rerratificação de fls. 475/483 e, ainda, para excluir exigências referentes aos projetos elétricos e de transmissão/readequação de energia elétrica/subestação elétrica e ao sistema de distribuição de gás natural (GLP), devendo ser considerado, também, os recolhimentos de fls. 259/260.

Entretanto, entendo que a subsunção dos fatos à norma conduz à procedência do lançamento, considerando o Termo de Rerratificação de fls. 475/483 e os recolhimentos de fls. 259/260, conforme passo a expor.

Inicialmente a autuada argui a decadência do direito de a Fiscalização constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores anteriores a 19/08/11, com fulcro no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional - CTN, uma vez que a ciência da lavratura do Auto de Infração somente ocorreu em 19/08/16.

No entanto, ao lançamento de ofício, caso dos autos, aplica-se a contagem do prazo decadencial fixada no art. 173, inciso I, do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale dizer que no presente caso, não houve pagamento integral do ICMS devido, tendo em vista o aproveitamento indevido de créditos do imposto. Nessa hipótese, em que o recolhimento dos tributos sujeitos a lançamento por homologação ocorre em desconformidade com a legislação aplicável, procede-se ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), para o qual, a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN, inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento (de ofício) poderia ter sido realizado.

Destaca-se que este Conselho tem decidido, reiteradamente, que a decadência é regida pela norma ínsita no art. 173, inciso I, do CTN. Cita-se, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 3.742/11/CE, 3.709/11/CE, 3.907/12/CE, 20.425/11/1ª, 20.637/11/1ª, 19.626/10/3ª e 21.919/15/1ª (este de mesma sujeição passiva dos presentes autos).

Da mesma forma, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Humberto Martins, deixou consignado o seguinte:

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. 1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. 2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (76977 RS 2011/0191109-3, RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS, DATA DE JULGAMENTO: 12/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA).

Em outra vertente, sustenta a Impugnante que o marco inicial para contagem do prazo decadencial, no caso dos presentes autos, é a data em que ocorreram as aquisições das mercadorias, objeto do estorno, cujos créditos do imposto foram apropriados, por determinação legal, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês.

Como bem destacado pela Fiscalização, os créditos do imposto glosados referem-se às parcelas de 1/48 (um quarenta e oito avos) mês apropriadas no período

fiscalizado (01/01/11 a 31/07/15) e são decorrentes de aquisições realizadas nos meses de janeiro a agosto de 2011.

Sem razão a Defesa, pois, conforme mencionado, a decadência alcança o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte **àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado**, nos termos do disposto no inciso I do art. 173 do CTN, no caso, a partir da apropriação de cada parcela de 1/48 (um quarenta e oito avos) dos créditos do imposto.

Portanto, não depende, para efeito de análise da ocorrência da decadência, quando ocorreu a escrituração das notas fiscais (que pode ter mais de cinco anos), mas sim, quando ocorreu o creditamento das parcelas.

Todavia, nos presentes autos, independentemente de se adotar a contagem do prazo decadencial a partir da primeira parcela do imposto apropriada ou da aquisição dos bens/materiais, **ambas ocorridas a partir do exercício 2011**, não se operou a decadência do direito do Fisco de efetuar o lançamento, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2011 somente se expirou em 31/12/16, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a intimação do Auto de Infração em discussão ocorreu em 19/08/16 (fls. 08).

Quanto ao mérito propriamente dito, a Fiscalização considerou como bens alheios à atividade do estabelecimento autuado aqueles utilizados nos seguintes projetos (excluídos aqueles itens cujos estornos dos créditos do imposto foram reconhecidos pela Autuada – fls. 261) - Anexo V – fls. 37/42: 1) sistema de distribuição de gás natural (GLP); 2) lago de lama; 3) repotencialização/adequação subestação de energia elétrica/aperfeiçoamento dos transformadores do sistema de energia; 4) segurança do trabalho/melhoria no sistema de exaustão da sala de cubas e laboratório/moinho para preparo de amostras.

A divergência deste Conselheiro reside nos bens/materiais e respectivo crédito de ICMS referentes aos projetos de repotencialização/adequação subestação de energia elétrica/aperfeiçoamento dos transformadores do sistema de energia e ao sistema de distribuição de gás natural (GLP).

Consta dos autos que a atividade desenvolvida pelo estabelecimento autuado é a produção de alumínio e suas ligas em formas primárias e que essa atividade dá-se dentro de um processo tecnológico produtivo específico para tal, composto de diversas etapas sequenciais (refinaria, redução e lingotamento).

Conforme se extrai de excerto do Acórdão nº 4.764/17/CE, cujos fundamentos, em sua maior parte, passa-se a adotar em citação livre, *no cumprimento de seu mister constitucional (art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “c”), o legislador complementar disciplinou, em linhas gerais, o regime de compensação do ICMS (arts. 19 e seguintes da Lei Complementar nº 87/96).*

Destacam-se os seguintes dispositivos da LC nº 87/96:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

(...)

Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

(...)

No âmbito da legislação tributária do estado de Minas Gerais, tem-se a Lei nº 6.763/75 (arts. 28 e seguintes), Regulamento do ICMS (RICMS/02: em especial, os arts. 62 a 76) e, ainda, normas complementares, em especial a Instrução Normativa DLT/SRE 01/98.

Pertinente destacar as seguintes disposições do RICMS/02:

Art. 66. Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

(...)

II - à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento, observado o disposto nos §§ 3º, 5º, 6º, 12, 13, 16, 18 e 19 deste artigo;

(...)

§ 5º Para fins de aproveitamento de crédito, o bem destinado ao ativo imobilizado deve satisfazer, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

I - ser de propriedade do contribuinte;

II - ser utilizado nas atividades operacionais do contribuinte;

III - ter vida útil superior a 12 (doze) meses;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - a limitação de sua vida útil decorrer apenas de causas físicas, tais como o uso, o desgaste natural ou a ação dos elementos da natureza, ou de causas funcionais, como a inadequação ou o obsolescimento;

V - não integrar o produto final, exceto se de forma residual.

VI - ser contabilizado como ativo imobilizado.

§ 6º Será admitido o crédito, na forma do § 3º deste artigo, relativo à aquisição de partes e peças empregadas nos bens a que se refere o parágrafo anterior, desde que:

I - a substituição das partes e peças resulte aumento da vida útil prevista no ato da aquisição ou do recebimento do respectivo bem por prazo superior a 12 (doze) meses; e

II - as partes e peças sejam contabilizadas como ativo imobilizado.

§ 7º O crédito previsto no parágrafo anterior será admitido, também, em relação às partes e peças empregadas em bem de propriedade de terceiro e que se encontre na posse do contribuinte, desde que:

I - o bem satisfaça aos requisitos previstos nos incisos II a V do § 5º; e

II - as partes e peças atendam às condições previstas nos incisos do § 6º.

(...)

§ 12. Incluem-se, também, no conceito de bem do ativo imobilizado, observadas as condições estabelecidas nos §§ 5º e 6º deste artigo:

I - o bem fabricado no próprio estabelecimento do contribuinte;

II - a parte de bem imobilizado em partes;

III - a parte de bem principal a ser utilizada exclusivamente como sobressalente, desde que a parte tenha sido imobilizada individualmente;

IV - a parte de um bem principal que será agregada a este, desde que essa parte melhore as condições e amplie a vida útil econômica originalmente estimada para o bem principal;

V - a mercadoria originária do estoque do ativo circulante que for imobilizada para utilização nas atividades operacionais do contribuinte;

VI - o componente do bem, assim considerada a mercadoria utilizada na fabricação de bem do ativo imobilizado no próprio estabelecimento do contribuinte.

§ 13. Não se enquadra no conceito de bem do ativo imobilizado a parte de um bem principal não definida nas hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do § 12 e utilizada para fins de restaurar ou manter o padrão original de desempenho do bem.

(Grifou-se).

Da análise dos comandos contidos no RICMS/02, tem-se que, a par dos requisitos objetivamente aferíveis, acima destacados, existem outros que usualmente suscitam maiores discussões, notadamente a delimitação, em cada caso concreto, do que vem a ser a expressão “utilizado nas atividades operacionais do contribuinte”, a que se refere o inciso II do § 5º (art. 66), já reproduzido.

Cabe assinalar que este requisito, bem como o constante no inciso VI do mesmo § 5º do art. 66, denotam claramente a diferença existente entre as normas aplicáveis à conceituação do produto intermediário vis à vis as regras pertinentes à conceituação de ativo permanente.

De fato, enquanto a Instrução Normativa nº 01/86 menciona claramente que o produto deve ser utilizado na linha principal de produção (nunca marginalmente ou em linhas independentes), por outro lado, para fins de caracterização do ativo, a legislação cinge-se a exigir que o bem seja utilizado nas “atividades operacionais do contribuinte”, expressão esta que abarca setores que vão além da “linha principal de produção”.

Quanto à disciplina normativa pertinente ao conceito de bem alheio à atividade do estabelecimento, além das disposições constantes da Lei Complementar nº 87/96 (notadamente o art. 21, inciso III), cabe analisar ainda os preceitos contidos no Regulamento do ICMS (em especial, o art. 70, inciso XIII c/c §§ 3º, 4º e 5º) e na Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98, que assim dispõem:

RICMS/02:

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

§ 3º Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração ou prestação de serviço de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação.

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se alheio à atividade do estabelecimento o veículo de transporte pessoal.

§ 5º Não gera direito a crédito a entrada de bens destinados ao emprego em atividade diversa de operação relativa à circulação de mercadoria ou de prestação de serviço de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comunicação, ainda que desenvolvida paralelamente à atividade tributada.

Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98:

Art. 1º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento:

I - os veículos de transporte pessoal;

II - os bens entrados, inclusive mercadorias, ou os serviços recebidos e que:

a - sejam utilizados em atividade exercida no estabelecimento fora do campo de incidência do imposto;

b - sejam utilizados em atividades de capacitação técnica, de cultura, de lazer, esportivas, ou de profilaxia dos empregados, ainda que visem a aumentar a produtividade da empresa;

c - não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços.

III - as mercadorias ou os serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento.

(Grifou-se).

Como se depreende dos dispositivos retrotranscritos, aprouve ao legislador estabelecer um critério básico a partir do qual se deve aferir se o bem é alheio à atividade: o fato de não ser utilizado, direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração ou prestação de serviço de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação.

Vê-se, aqui, que a menção à utilização “direta ou indireta” harmoniza-se com a expressão utilizada no inciso II do § 5º do art. 66 do RICMS/02 (“atividades operacionais do contribuinte”), anteriormente comentada.

Com efeito, o consumo “direto” foi definido na Instrução Normativa nº 01/86 como sendo aquele efetuado na linha principal de produção, ao passo que a utilização do bem nas “atividades operacionais do contribuinte” abarca tanto o seu uso “direto” quanto o “indireto” nas referidas atividades (comercialização, industrialização, produção, extração, geração ou prestação de serviço de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação).

Logo, ao mesmo tempo em que não pode negar significado ao termo “indireto”, haja vista que foi utilizado no art. 70, § 3º, do Regulamento do ICMS, reputa-se incabível também que seja incluído todo e qualquer bem no conceito de ativo, com fundamento numa interpretação ampla do referido termo, pois tal conduta implicaria desconsiderar o sentido próprio e específico que lhe foi atribuído pela legislação tributária.

A correta interpretação há de ser derivada, repita-se, da análise sistemática dos dispositivos legais e regulamentares, os quais conduzem à conclusão de que a utilização do bem “direta ou indiretamente” corresponde precisamente à sua utilização “nas atividades operacionais” levadas a cabo no estabelecimento.

No intuito de adensar o conceito ora em apreço, foi editada a Instrução Normativa nº 01/98 (acima reproduzida), em cujo contexto definiu-se que se enquadram como alheios os bens (ou serviços) utilizados:

1 - no transporte pessoal, veículos estes a cujo respeito não é usual haver maiores polêmicas quanto à sua identificação;

2 - em atividade exercida fora do campo de incidência do ICMS;

3 - para fins de capacitação técnica, de cultura, de lazer, esportivas, ou de profilaxia dos empregados;

4 - em atividade econômica diversa daquela desenvolvida no estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços; e, por fim,

5 - nas atividades de construção, reforma ou ampliação do estabelecimento.

Com base no referencial anteriormente pontuado, extraído da razão de decidir do Acórdão 4.764/17/CE, passa-se à análise da situação concreta dos autos.

Quanto ao projeto de **Repotencialização: projetos elétricos e de transmissão/readequação de energia elétrica/subestação elétrica**, sustenta a Impugnante que a energia elétrica caracteriza-se como matéria-prima utilizada na produção de alumínio, consequentemente todos bens/materiais que são empregados com a finalidade de permitir o seu transporte/transmissão podem ser considerados para fins de aproveitamento de créditos de ICMS, sob pena de ferir o primado da não cumulatividade do imposto. Reporta-se ao Acórdão nº 3.722/11/CE que reconheceu que a energia elétrica constitui matéria prima da produção de alumínio.

Conclui a Impugnante que todo o material empregado para possibilitar a utilização da energia elétrica no processo produtivo ou que sirva de transporte para essa matéria-prima deve permitir o aproveitamento do crédito do imposto.

Argui que o aparelho de ar condicionado para resfriamento da subestação, cuja obrigatoriedade, além de técnica, está prevista na NR 15 do Ministério do Trabalho e Emprego também possibilita os creditamento do imposto a ele relativo.

Ressalta-se, por oportuno, que não se discute neste item do lançamento o aproveitamento dos créditos do imposto oriundos das aquisições de energia elétrica. Assim, as decisões deste Conselho de Contribuintes mencionadas pela Impugnante não se referem à contenda em análise.

Também não consta dos autos estorno de créditos de imposto relativo ao mencionado ar condicionado vinculado a este projeto, conforme se verifica do Anexo V - fls. 37/42.

Destaca a Fiscalização que os itens relativos ao projeto de “potencialização” que foram objeto de estorno de crédito do imposto são claramente identificados como integrantes de construção civil bem como do sistema de transmissão/readequação da energia elétrica, como se pode visualizar na planilha que apresenta a função e local de aplicação destes itens, conforme Anexo V – fls. 37/42.

Verifica-se, por oportuno, que os itens cujos créditos do imposto foram estornados, em relação ao projeto de “potencialização”, são tubos, chapas, barras, disjuntores, cabos, eletroduto de aço galvanizado, válvulas, placas de montagem aço carbono, fonte de alimentação, calhas, porcas, postes conectores, ponte conectoras, dentre outros, de acordo com o citado Anexo V.

Explica a Fiscalização que a subestação elétrica é definida como uma instalação elétrica de alta potência, contendo equipamentos para transmissão e distribuição de energia elétrica e que requer, para sua instalação, considerável estrutura física (obras civis, montagem estruturas metálicas, etc.), que, de acordo com a legislação tributária, deve ser caracterizada como “construção civil”, bem como, especificamente o transformador elétrico, considerado pela citada legislação, como “bem alheio”.

Portanto, diante do exposto, tratando-se de obra de construção civil, os bens/materiais empregados neste projeto são considerados alheios à atividade do estabelecimento, de acordo com o inciso III, art. 1º da Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98.

Ademais, a subestação elétrica e os equipamentos para transmissão e distribuição de energia elétrica compõem antecedentes ao processo produtivo, sem o requerido vínculo direto ou indireto com as atividades operacionais do contribuinte.

Ressalte-se que o mesmo entendimento é aplicado ao “sistema de distribuição de gás natural (GLP)”. Destaca-se que deveriam ser estornados em relação ao projeto de “distribuição de gás” os seguintes itens: válvulas diversas, cantoneira, chapa de aço carbono, perfis, parafusos, tubos, luvas, plugs, união, joelhos, flange, transmissores de pressão e temperatura, pressostato, dentre outros, conforme Anexo V – fls. 37/42.

Portanto, considero correta a glosa dos créditos do imposto referentes aos itens utilizados nos sistemas de Repotencialização: projetos elétricos e de transmissão/readequação de energia elétrica/subestação elétrica, e também de Distribuição de gás natural (GLP).

Sala das Sessões, 11 de maio de 2017.

**Marco Túlio da Silva
Conselheiro**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.431/17/2 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000503896-27	
Impugnação:	40.010141093-61	
Impugnante:	Alcoa Alumínio S/A	
	IE: 518027950.00-03	
Proc. S. Passivo:	Fabiana Silva Bianucci/Outro(s)	
Origem:	DF/Poços de Caldas	

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação trata de aproveitamento indevido de créditos de ICMS ocorrido de forma fracionada a razão de 1/48 por mês, no período de janeiro de 2011 a julho de 2015, decorrente de aquisições de bens/materiais alheios à atividade do estabelecimento, ocorridas no período de janeiro a agosto de 2011.

Exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da Lei nº 6.763/75, respectivamente, sendo esta majorada em 100% (cem por cento), em razão da constatação de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, da citada lei.

O voto vencedor, quanto à prejudicial de mérito, reconheceu a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período anterior a 19/08/11. No mérito, pelo voto de qualidade, quanto às exigências remanescentes, julgou parcialmente procedente o lançamento, considerando o Termo de Rerratificação de fls. 475/483 e, ainda, para excluir exigências referentes aos projetos elétricos e de transmissão/readequação de energia elétrica/subestação elétrica e ao sistema de distribuição de gás natural (GLP), devendo ser considerado, também, os recolhimentos de fls. 259/260.

A divergência com o voto vencedor refere-se ao lago de lama, pois entendo que encontra-se no processo produtivo, pelos motivos expostos a seguir.

O chamado lago de lama, em verdade, não se encontra no final do projeto produtivo, como entende a Fiscalização, mas - sim - no meio deste, conforme fluxograma da fábrica.

Inicialmente, deve-se ponderar que a atividade da Impugnante sempre é desenvolvida com a utilização de dois lagos de lama (e não apenas um). Esses lagos são utilizados simultaneamente, constituindo, efetivamente, um equipamento com o objetivo de reaproveitar a soda utilizada no processo produtivo, além de promover o resfriamento da água.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

São dois lagos porque, no primeiro, é despejada a água que vem da fábrica com a lama e mais a soda e aluminato de sódio em suspensão. O aluminato de sódio, no caso, é residual, mas é a matéria-prima básica do alumínio ou dos produtos intermediários que podem e são comercializados.

A maior parte do aluminato já foi retirada no processo de digestão, mas a parte dele que foi para o lago pode e é aproveitada posteriormente nos retornos subsequentes, o mesmo ocorrendo com a soda, que é líquida e uma matéria-prima muito cara.

A lama fica no primeiro lago e a soda e o aluminato em suspensão são remetidos para o lago seguinte (*cooling poncf*) para reaproveitamento.

A bauxita, em seu estado natural na natureza, vem misturada com terra e resíduos orgânicos, sendo o mineral original denominado gibsite ($Al_2O_3 \cdot 3H_2O$).

Para obtenção do aluminato de sódio, que é um sal dissolvido em um licor, é necessária a mistura de soda (Na_2O).

Essa mistura é feita inicialmente no moinho, gerando uma pasta que, depois, é aditivada na digestão com a inserção de mais soda, sendo encaminhada para a digestão e, posteriormente, aos espessadores, iniciando o processo que separa a terra do aluminato. Os raspadores dos espessadores, assim como o lago, estão no meio do processo, e não em seu final ou em processo secundário, paralelo ou marginal.

Destaque-se que um lago de lama, mesmo depois de cheio, ainda continua durante muito tempo a enviar água com soda e aluminato para retorno à fábrica para fins de aproveitamento.

Isso porque o licor (água soda e aluminato) é retirado por equipamentos de drenagem que ficam no fundo de forma esparsa, por todo o lago e também por aspiração da superfície.

Como se vê, repita-se, o lago constitui verdadeiro equipamento que se situa no curso do processo produtivo, como se fosse um tanque que poderia até ser metálico, mas, pelas suas dimensões e por economia, é empregado o concreto impermeabilizado, que serve de suporte a toda uma estrutura de canos, bombas e drenos, que correspondem, assim, a uma parte integrante da linha de produção.

Maiores informações a respeito podem ser verificadas no Parecer Técnico nº 18 717-301 (cópia anexa fls. 302/470) elaborado pelo Centro de Tecnologia de Processos e Produtos do Instituto de Pesquisas Tecnológicas, que - de maneira técnica e pormenorizada - esclarece a questão.

Portanto, entendo que deve ser concedido o crédito por fazer parte da linha de produção e essencial na cadeia produtiva.

Sala das Sessões, 11 de maio de 2017.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**