

A.I. Nº. - 206940.0001/05-3  
AUTUADO - BASF S/A  
AUTUANTE - LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA e LAUDELINO P. DE ALMEIDA  
ORIGEM - IFEP/METRO  
INTERNET - 07.12.2005

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0450-01/05

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo. **b)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. É vedada a utilização de crédito fiscal referente a serviço de transporte não vinculado à prestação ou operação subsequente alcançada pela incidência do imposto. Infrações reconhecidas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO E CONSUMO. **b)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE BENS DE USO E CONSUMO. Infrações reconhecidas. 3. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração reconhecida. 4. DIFERIMENTO. OPERAÇÕES DE VENDAS DE PRODUTOS QUÍMICOS À INDÚSTRIA DE COUROS, CUJOS PRODUTOS FORAM INDUSTRIALIZADOS EM OUTRO ESTADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Operações realizadas pelo autuado não amparadas pelo diferimento previsto no Decreto nº 6.734/97. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/08/2005, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 332.015,75, acrescido da multa de 60%, sob a alegação de cometimento das seguintes irregularidades, no período fiscalizado de 01/01/2000 a 31/12/2002.

1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Consta que a BASF, utilizou indevidamente crédito dos seguintes produtos utilizados para uso e consumo: Soda Caustica; Hipoclorito de Sódio; Peças; Carta Sanfonada; Nalco; Dina-zinc; gelo seco; saco plástico; kit de transformação de balança mecânica em eletrônica; e, brinquedos, nos exercícios de 2000 a 2002. Total da infração R\$100.110,87.

2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Consta que a BASF, não efetuou o recolhimento de diferencial de alíquota dos seguintes produtos adquiridos em outras unidades da Federação e destinadas a uso e consumo: Peças; Carta Sanfonada; Nalco; Dina-zinc; kit de transformação de balança mecânica em eletrônica e brinquedos, nos meses de janeiro a março, agosto a dezembro/2000, fevereiro, maio e junho,

agosto, outubro a dezembro/2001, abril, junho, setembro e dezembro de 2002. Total da infração R\$6.017,70.

3 – Deixou de recolher o ICMS referente à diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto.

Consta que a BASF não efetuou o recolhimento da diferença de alíquota na utilização de serviço de transporte iniciado em outra unidade da Federação, sendo tal prestação vinculada aos seguintes produtos destinados a uso e consumo: Peças; kit de transformação de balança mecânica em eletrônica e brinquedos, nos meses de janeiro, agosto e setembro/2001. Total da infração R\$132,55.

4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a processo de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas.

Consta que a BASF se creditou de serviço de transporte interestadual referente á aquisição de brinquedos, no mês de agosto de 2001. Total da infração R\$49,04.

5 – Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão de despesas aduaneiras incorridas até o desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de janeiro a abril, junho, agosto a dezembro de 2001, março, maio a julho e outubro a dezembro de 2002. Total da infração R\$8.434,11.

6 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Consta que a empresa comercializou mercadorias adquiridas e/ou recebidas de terceiros, para o Curtume Campelo dentro do Estado da Bahia, sem o devido destaque do ICMS. Em algumas notas fiscais de saída o contribuinte colocou a informação de que estas mercadorias estariam amparadas pelo diferimento, conforme art. 509 do RICMS/BA, contudo tal artigo não contempla as mercadorias ora comercializadas, uma vez que se trata de produto químico para utilização no couro, nos meses de agosto, outubro e novembro de 2000, janeiro a maio e agosto a novembro de 2001, março, junho, agosto a dezembro de 2002. Total da infração R\$217.271,48.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.123/137), na qual reconhece a procedência das exigências relativas aos itens 01,02,03 e 05, informando, inclusive, que irá proceder o pagamento total.

Esclarece que a impugnação versará sobre a infração 06, e que posteriormente comprovará o recolhimento das infrações reconhecidas, conforme indicado acima.

Diz o autuado que tem como principal objetivo social a industrialização de elementos químicos, sendo reconhecidamente uma das maiores empresas do setor, motivo pelo qual realiza negócios com muitas empresas nacionais e internacionais, que buscam qualidade em seus resultados, importando e exportando elementos, ou mesmo circulando mercadoria por todo Brasil.

Prossegue, dizendo que exatamente numa destas operações de mercadoria que o fisco injustamente lavrou o auto de infração, por supostamente ter comercializado mercadoria adquiridas sem o devido destaque do ICMS.

Acrescenta que o lançamento de ofício não merece ser acolhido, tendo em vista que a operação indicada está amparada pelo instituto do diferimento previsto na legislação do ICMS. Tece

comentários sobre o diferimento, afirmando que nada mais é do que a postergação do recolhimento do imposto devido, sendo repassada a responsabilidade para o último da cadeia de relações de recolher todos os tributos que incidiram anteriormente. Cita e transcreve texto de José Jayme de Oliveira Macedo, para ilustrar o entendimento esposado.

Manifesta o entendimento de que se na substituição tributária o fato gerador é antecipado “para frente”, isentando os contribuintes das operações subsequentes de recolherem o tributo, para o diferimento tributário deve-se postergar os fatos geradores ocorridos “para trás”, transferindo toda a responsabilidade do recolhimento do tributo ao último da cadeia de relações jurídico tributária.

Invoca a Lei 7.014/96, precisamente o seu artigo 7º, o qual transcreve, para dizer que essa é a interpretação que pode ser extraída relativamente ao diferimento. Cita e transcreve, ainda, o artigo 342, do RICMS/BA, para dizer da existência de previsão regulamentar sobre a matéria.

Após fazer a análise acima sobre o instituto do diferimento, adentra o autuado na questão específica do auto de infração, evocando e transcrevendo o artigo 2º do Decreto nº 6.734/97, sustentando que há no dispositivo regulamentar transcrito, previsão de diferimento para casos de insumos utilizados exclusivamente para emprego na fabricação de produtos acabados destinados à fabricante dos produtos mencionados no artigo 1º, do mencionado Decreto.

Prossegue, transcrevendo o artigo 1º do acima mencionado Decreto nº 6.734/97, para externar o entendimento de que estão sujeitos ao regime de diferimento os insumos utilizados exclusivamente para fabricação de produtos, como por exemplo, calçados, seus insumos e componentes, bolsas e cintos.

Afirma que basta observar o auto de infração, para se perceber que a autuação foi executada exatamente sobre produtos enquadrados na hipótese do artigo 1º do Decreto nº 6.734/97, parecendo claro que o produto químico utilizado em couro de bolsas, calçados, cintos etc. objetivo social da empresa Curtume Campelo Ltda., enquadra-se nos mencionados no inciso II, do artigo 1º do Decreto nº 6.734/97.

Sustenta que por ser a operação regida pelo instituto do diferimento, não poderia jamais a impugnante ter destacado o ICMS em questão, tendo em vista que a mesma é isenta de tal prática, nos termos da lei.

Continua o autuado, argüindo a existência de erro material e de vício insanável, por ter o fisco lavrado o auto de infração de forma totalmente ilegal e discricionária, tendo em vista que na lei não há permissivo legal para punir contribuinte que se utiliza de instituto previsto em lei, no caso, diferimento, aplicável na hipótese, e que a indicação pelo autuado quanto da escrituração de dispositivo legal equivocado, não poderia ser utilizada pelo fisco para exigir imposto, razão pela qual o auto de infração deve ser anulado de pronto.

Sustenta que o máximo que a lei permitiria ao fisco seria a aplicação de multa por descumprimento, ou cumprimento inexato de obrigação acessória e nunca sobre a obrigação principal, existindo no seu entender a possibilidade de perdão nos termos do artigo 915, § 6º, do RICMS/BA.

Afirma que, por cautela caso a sua tese principal não prevaleça, ser impraticável à aplicação da Taxa Referencial SELIC, por ser inconstitucional e ilegal, dizendo, inclusive, existir decisão do STJ nesse sentido e que a delegação de poderes ao BACEN para instituir os índices da SELIC, é totalmente ilegal, tendo em vista o expresso no CTN.

Relativamente à multa, tece diversas considerações, para finalmente dizer que esta não pode ser aplicada, uma vez que não presente o elemento subjetivo do tipo, dolo.

Finaliza, requerendo que: seja admitida a presente peça impugnatória; seja permitida a posterior juntada de documentos que se fizerem necessários; seja desconstituído todo o crédito relativo a Infração 06, principal, juros e multa por estar a operação amparada pelo diferimento; seja desconstituído o crédito tributário, por total afronta ao princípio da estrita legalidade, uma vez que a relação tributária em menção suporta realmente o regime de diferimento; alternativamente, caso não seja acolhido o pleito principal, o que se faz apenas para que não restem arestas na presente tese, seja afastada a aplicação da taxa referencial SELIC, uma vez que a mesma é constitucional; ainda alternativamente, sejam afastadas as multas de 60% sobre a questão, uma vez que a mesma tem caráter confiscatório, e ainda, que não houve a realização do tipo subjetivo necessário para sua aplicação, qual seja, o dolo; que seja permitido provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, principalmente por perícia técnica sobre o produto químico em questão, aplicado sobre o couro, bem como com diligências à empresa CURTUME CAMPELO, para comprovar o objetivo social da mesma.

Na informação fiscal apresentada (fls.149/150), os autuantes afirmam que a previsão de diferimento prevista no artigo 2º do Decreto nº 6.734/97, alcança as operações internas com insumos e que o autuado não atentou para o fato de que o insumo para a fabricação de calçados, bolsas, etc. é o COURO, e não os produtos químicos utilizados na preparação e curtimento deste couro.

Afirmam que a cadeia produtiva alcançada pelo benefício do diferimento previsto no Decreto nº 6.734/97, objetiva alcançar todo o processo industrial do produto acabado efetuado dentro do Estado da Bahia, como forma de fomentar o desenvolvimento industrial do Estado, gerando empregos e valor agregado aos produtos gerados dentro do Estado, não tendo o autuado observado para o fato de que os produtos químicos por ela comercializados não são fabricados na planta industrial do Estado da Bahia, mas, sim, no Estado de São Paulo, sendo transferidos pela BASF de São Paulo para a BASF Camaçari, para que esta efetue a venda para o Curtume Campelo Ltda.

Prosseguem, dizendo que dessa maneira o Estado da Bahia foi duplamente penalizado. Primeiro porque o benefício fiscal foi desvirtuado pelo autuado, pois a sua utilização neste momento, não gerou nenhum fomento industrial, considerando que as mercadorias comercializadas foram adquiridas fora deste Estado. Segundo, porque o Estado da Bahia não teve o recolhimento de ICMS referente às operações de venda destas mercadorias adquiridas de terceiro, ainda mais que o preço de venda das mercadorias adquiridas de terceiro, é superior ao preço das transferências.

Finalizam, mantendo a autuação, reiterando o entendimento de que as operações de venda de produtos químicos adquiridos de terceiro, para contribuinte dentro do Estado da Bahia, são tributadas e não são alcançadas pelo benefício do diferimento previsto no artigo 509, do RICMS/BA, muito menos pelo diferimento previsto no artigo 2º., inciso III, do Decreto nº 6.734/97.

O autuado após efetuar o pagamento dos itens da autuação reconhecidos, pede a juntada da guia comprobatória no valor de R\$ 192.979,78, bem como de notas fiscais que anexa à petição.

## VOTO

Preliminarmente, verifico presentes os pressupostos de validação do Auto de Infração, nos termos do artigo 18, seus incisos, parágrafos e alíneas, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

No que concerne à argüição do autuado de nulidade do auto de infração sob a alegação de existência de erro material e de vício insanável, por ter o fisco lavrado o auto de infração de forma totalmente ilegal e discricionária, rejeito tal pretensão, considerando que conforme disse

acima foram atendidas as exigências previstas no RPAF/99, inexistindo qualquer ilegalidade ou discricionariedade na autuação.

Quanto à perícia técnica e diligência suscitadas pelo autuado, entendo desnecessárias, considerando a inexistência de dúvidas ou necessidade de esclarecimentos sobre a matéria objeto da autuação, que se discute no presente auto de infração.

No mérito, o autuado reconhece a procedência das infrações 01, 02, 03 e 05, esclarecendo, inclusive, que recolheu o valor de R\$192.979,78, pedindo que fossem juntados aos autos cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE, bem como de notas fiscais que anexou a petição.

Conforme se observa, a lide está adstrita à infração 06, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter o autuado comercializado mercadorias adquiridas e/ou recebidas de terceiros, para o Curtume Campelo dentro do Estado da Bahia, sem o devido destaque do imposto nos documentos fiscais, sob a alegação de que estas mercadorias estariam amparadas pelo diferimento previsto no artigo 509 do RICMS/97.

O artigo 509 do RICMS/97, assim dispõe:

*“Art. 509. É diferido o lançamento do ICMS incidente nas sucessivas saídas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos classificados nas posições 74.01, 74.02, 75.01, 76.01, 78.01, 79.01 e 80.01 da Tabela de Incidência do IPI, bem como nas sucessivas saídas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias, com destino a estabelecimentos situados neste Estado, para o momento em que ocorrer a saída (Convs. ICM 9/76 e 30/82).”*

Verifica-se que o artigo 509, do RICMS acima transcrito, não ampara o diferimento pretendido pelo autuado, pois a situação fática não se enquadra na hipótese nele prevista, considerando que a exigência fiscal se reporta a comercialização de produto químico para utilização no couro.

Entretanto, constato que na peça defensiva o autuado evoca o artigo 2º do Decreto nº 6.734/97, para sustentar que há neste dispositivo regulamentar previsão de diferimento para os casos de insumos utilizados exclusivamente na fabricação de produtos acabados destinados à fabricante dos produtos mencionados no artigo 1º, do mencionado Decreto.

O artigo 2º do Decreto nº. 6.734/97, estabelece “in verbis”:

*“Art. 2º - Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS devido:*

*I – (...)*

*II – (...)*

*III - nas operações internas com:*

*a) insumos, embalagens, componentes, partes, peças, conjuntos, subconjuntos - acabados ou semi-acabados - pneumáticos e acessórios, exclusivamente para emprego na fabricação de produtos acabados, destinados a fabricante dos produtos mencionados no art. 1º, excetuados os segmentos indicados nos incisos V, VI e VIII do mesmo artigo, instalado neste Estado a partir de 25 de janeiro de 1997, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes;*

Por sua vez, o artigo 1º, inciso II, do mesmo Decreto 6.734/97, assim dispõe:

*“Art. 1º Fica concedido crédito presumido nas operações de saídas dos seguintes produtos montados ou fabricados neste Estado e nos percentuais a saber:*

*I – (...)*

*II - calçados, seus insumos e componentes, bolsas, cintos, bolas esportivas e artigos de malharia e seus insumos: até 99% (noventa e nove por cento) do imposto incidente durante o período de*

*até 20 (vinte) anos de produção, observado o disposto nos §§ 4º e 5º deste artigo pelos contribuintes dispensados de escrituração fiscal;*

*§ 1º Somente estabelecimentos industriais dos segmentos descritos neste artigo, inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), a partir 25 de janeiro de 1997, poderão utilizar o tratamento tributário previsto nesta Seção, ressalvadas as atividades desenvolvidas pelos segmentos industriais de fiação e tecelagem, azulejos e pisos e, condicionada à ampliação ou modernização de planta industrial, atividade de curtimento e outras preparações de couro.*

*XIV - 1910-0/00 curtimento e outras preparações de couro;*

*XV - 1929-1/00 - fabricação de outros artefatos de couro;*

*XVI - 1931-3/01 fabricação de calçados de couro;*

*XVII - 1931-3/02 serviço de corte e acabamento de calçados; ”.*

Poder-se-ia dizer que assistiria razão ao autuado ao praticar as operações amparadas pelo diferimento com base nos dispositivos acima transcritos, tendo em vista que o destinatário está habilitado a receber com diferimento os insumos utilizados no processo de preparo do couro, se fosse feita uma interpretação puramente literal.

No entanto, uma interpretação sistemática dos citados dispositivos com os demais atos normativos da legislação do ICMS que tratam de programas de incentivos fiscais na Bahia, indica que assiste razão aos autuantes, quando dizem que o benefício previsto no Decreto nº. 6.734/97, objetiva alcançar todo o processo industrial do produto acabado efetuado dentro do Estado da Bahia, como forma de fomentar o desenvolvimento industrial do Estado, gerando empregos e agregando valor aos produtos gerados.

Efetivamente, não vejo nenhum sentido lógico, em que o Estado da Bahia estimule a aquisição ou recebimento de produtos/insumos de outros Estados, como ocorreu com o autuado ao comercializar produtos químicos que não são fabricados na planta industrial do Estado da Bahia, mas, sim, no Estado de São Paulo, sendo transferidos pela BASF de São Paulo para a BASF Camaçari. Aqui esta efetua a venda para o Curtume Campelo Ltda, mantendo inclusive o crédito fiscal, que no final é suportado pelo Estado da Bahia, ficando a receita do imposto no Estado de São Paulo. Certamente este não foi o intuito do legislador baiano. Assim, entendo subsistente a exigência fiscal da Infração 06.

Registro que, relativamente à Infração 04, o autuado silenciou, reconhecendo tacitamente a exigência, tendo posteriormente recolhido o valor relativo a esta infração conforme documento às fls. 161.

No que concerne à argüição do autuado sobre o aspecto confiscatório da multa, esta tem previsão na Lei nº 7.014/96.

No respeitante à taxa SELIC, esta tem previsão no artigo 138-B, inciso I, do RICMS/97, assim como no artigo 102, § 2º, incisos I e II, da Lei 3.956/81, sendo defeso a este órgão julgador apreciar a constitucionalidade argüida pelo autuado, consoante estabelece o artigo 167, do RPAF/99.

Dante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206940.0001/05-3**, lavrado contra **BASF S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$332.015,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, VII, alíneas “a” e “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2005.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR