

A. I. N ° - 207103.0002/07-9
AUTUADO - BASF S/A
AUTUANTES - LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA e LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 17. 07. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0237-01/08

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Infração acatada pelo autuado **b)** MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Ainda que se refira a operação de transferência e não haja destaque do imposto na aquisição, é devido o pagamento do imposto a título de diferença de alíquota. Infração subsistente. **c)** SERVIÇO DE TRANSPORTE. Prestações iniciadas em outras unidades federativas, não sendo vinculada a operações ou prestações subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto. Infração acatada pelo autuado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo à material de uso e consumo. **b)** ATIVO PERMANENTE. IMÓVEL POR ACESSÃO FÍSICA. Não foi comprovada, a destinação para o ativo imobilizado. Infrações subsistentes. **c)** ENERGIA ELÉTRICA. Utilização do crédito em percentuais superiores ao efetivamente consumido no processo de industrialização. Infração acatada pelo autuado. 3. DIFERIMENTO. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE VAPOR E ÁGUA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração acatada pelo autuado. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte o tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações sucessivas de serviços de transporte, nos termos do art. 382. Infração subsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA APRESENTAÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31.10.2007, traz a exigência do ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 158.227,45, conforme infrações a seguir imputadas:

Infração 01 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao

ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 17.324,00, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de março a maio, setembro e novembro 2003, dezembro de 2004, abril, setembro e dezembro/2005;

Infração 02 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 19.031,11, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro, fevereiro, maio, julho a setembro e dezembro/2003, janeiro a março, julho a dezembro/2004, janeiro, março a outubro e dezembro/2005;

Infração 03- utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 53.408,26, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro/2003, janeiro, fevereiro, maio a julho/2004;

Infração 04 - deixou de recolher 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. Foi consignado que a Basf, quando das aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo e bens para o ativo imobilizado, não efetuou os pagamentos dos ICMS dos fretes, condição FOB, relacionados às aquisições acima citadas. ICMS no valor de R\$ 5.793,43, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005;

Infração 05 - recolhimento a menos do ICMS exigido através do regime de substituição tributária por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Consta que a Basf, nas aquisições de utilidades junto à Braskem, nos meses de Janeiro/2004, janeiro/2005 e março/2005, deixou de calcular o ICMS diferido das respectivas NFs 240908; 277337 e 282972, em cada um dos meses citados, constando ainda que no mês de abril/2005, efetuou o cálculo errado do ICMS diferido, e infringiu também os artigos. 348, § 4º, Inc III; art. 343, Inc XIX; art. 349; art. 52 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6284/97. ICMS no valor de R\$ 8.134,57, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro de 2004, janeiro, março e abril/2005;

Infração 06 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Consta que a autuada adquiriu mercadorias que não integraram o ativo imobilizado, são mercadorias alheias à atividade da empresa, e imóvel por acessão física. ICMS no valor de R\$ 39.330,04, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004 e janeiro a dezembro de 2005;

Infração 07 - utilizou crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização. ICMS no valor de R\$ 2.121,92, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de maio/2004, janeiro a março/2005. Consta que a Basf utilizou crédito de energia elétrica em 100% do ICMS destacado nas NFs de aquisições de serviços de energia elétrica, quando o percentual calculado pela própria empresa é de 96,79%, pois é impossível que 100% da energia seja consumida no setor industrial, já que no setor administrativo há consumo também. No demonstrativo de débito, anexo ao PAF, consta 05 números dos livros e das folhas e as NF's arrolados nesta infração;

Infração 08 - deixou de recolher ICMS retido no valor de R\$ 12.714,12, acrescido de multa de 150% - nos meses de junho/2003, setembro, outubro e dezembro/2004, janeiro a abril, junho, setembro a novembro/2005- na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais. Consta que a Basf nas aquisições das prestações sucessivas de serviços de transportes interestaduais, junto às transportadoras Golden Cargo, Rápido 900, Ouroverde, Transportadora Cavalinho, revestida na condição de contribuinte substituto, reteve os respectivos ICMS, porém os recolheu a menos. Os demonstrativos de débito, anexo ao PAF descreve os CTRE's, os valores de cada ICMS a recolher, o ICMS recolhido mês a mês e os débitos de ICMS;

Infração 09 - deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Multa no valor de R\$ 370,00, em outubro/2007. Consta que o autuado foi intimado em 10/01/2007; 20/03/2007 e em 28/03/2007 para apresentar os documentos de despesas aduaneiras relativos às operações de importação do período de 2003 a 2005, sendo que em 21/05/2007 a autuada enviou e-mail informando que não tinha como localizar e apresentar os documentos solicitados. Dessa forma, não foi possível concluir o levantamento das operações de importações, o que inviabilizou a execução efetiva desse roteiro. Houve infração aos art's, 58, I, AL e; 142, IV; V e IX; 143; 144; 145; 146 e 934, §1º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6284/97. Os termos de intimações expedidos, 05 e-mail's enviados e recebidos para a empresa, estão anexos ao PAF, para fazer prova do descumprimento reiterado pela autuada.

O autuado, às fls. 960 a 984, apresenta impugnação, informando, em sede de preliminar, que impugna parcialmente a infração 02, e procederá ao pagamento parcial desta infração com o intuito de quitar a obrigação. Acrescenta que, avaliando melhor a questão e, por motivos que entende ser alheios a presente demanda, resolveu quitar as obrigações contidas nas infrações 01, 04, 05, 07 e 09.

No mérito, impugna a infração 02, alegando que é indevida já que estaria sob amparo do art. 7º do RICMS/SP, demonstrando que, no Estado de São Paulo, a saída das mercadorias utilizadas como material de uso e consumo com destino a outro estabelecimento do mesmo titular não são passíveis de tributação pelo ICMS. Cita a legislação afirmando ser, a mencionada operação, isenta de ICMS, requerendo a exclusão da infração 02.

No que pertine a infração 03, consigna que as alegações dos autuantes não correspondem à verdade, argumentando que as operações selecionadas pela fiscalização se referem a produtos utilizados no processo produtivo da empresa, e passaram a fazer parte de produtos comercializados que tiveram efetiva saída do pátio da mesma. Ressalta que buscou embasar-se nas disposições da CF, e nos termos da legislação vigente para o ICMS, que assegura o princípio da não comutatividade para o tributo em questão, ressaltando que tomou o crédito oriundo da operação anterior.

Quanto à infração 06, afirma que não assiste razão ao lançamento aplicado, uma vez que todas as operações selecionadas pela fiscalização teriam feito parte de projetos da empresa, o que, no seu entendimento, afastou a afirmação do fisco de que os mesmos não tem relação com o escopo comercial da empresa, motivo pelo qual, pugna pela exclusão da referida infração.

Sobre a infração 08, informa que tal infração não retrata a realidade dos fatos, afirmando que a empresa recolhe a totalidade dos valores devidos a título de ICMS (substituição tributária) nas operações comerciais tidas com as empresas Golden Cargo, Rápido 900, Ouroverde e Transportadora Cavalinho. Anexa à defesa documentos, buscando comprovar suas alegações, afirmando verificar-se que a empresa apurou regularmente o ICMS-ST devido, recolhendo-o em momento posterior, segundo ela, com os devidos acréscimos legais. Conclui suas ponderações a respeito desta infração afirmando inexistir a imputada ausência de pagamento ou mesmo em pagamento a menos, pois considera que todas as obrigações tributárias contraídas a este título foram devidamente quitadas.

Assevera ser inaplicável a multa cominada, tendo em vista que não teria incorrido na infração lançada, bem como considera o valor da multa desprovida de razoabilidade, demonstrando também, o suposto caráter confiscatório da mesma, colacionando ensinamentos do Doutrinador e Professor Ricardo Corrêa Dalla, e por considerar que ser impossível a manutenção da multa aplicada, entende que esta também deva ser considerada insubsistente.

Insurge-se contra a aplicação de juros de mora, por defender que é consagrado, tanto na doutrina como na jurisprudência, que os juros de mora só podem e devem incidir a partir do momento em que tal ou qual obrigação passar a ser exigível. Defende que as reclamações no processo administrativo tributário são dotados de efeito suspensivo, não permitindo, assim, que qualquer

ente público execute tais quantias, e por entender ser incerto o crédito tributário neste estágio, impossível seria a aplicação de juros de mora.

De igual forma se manifesta a respeito da inaplicabilidade da Taxa Selic, posto que entende ser inconstitucional se aplicada em procedimento tributário administrativo, à medida que possui natureza remuneratória, incondizente com o caráter moratório que tem a taxa de juros neste caso. Ademais, lembra que sua aplicação fere o princípio da reserva legal por não estar tipificada em lei, lembrando os art.s 5º, 151 da CF/88 e 97, V, do CTN. Recorre a entendimento do STF (Resp. 215.881/PR), para afirmar que em caso de aplicação de juros, deva ser observado o disposto no art. 161 do CTN.

Conclui sua defesa requerendo que o auto de infração seja julgado insubsistente em todos os seus termos, desconstituindo totalmente o crédito tributário apurado nas infrações 2, 3, 6 e 8, bem como as multas aplicadas, pugnando por prova pericial, indica quesitos e nomeia assistente técnico em caso de deferimento do pedido.

Os autuantes, às fls. 1070 a 1089, apresentam a informação fiscal, afirmando que, ao analisar o RICMS/SP, aprovado pelo Dec. 45490 de 30/11/2000, restou constatado que de fato o Art. 7º, Inc. XV, dispõe exatamente o quanto transcrito pelo autuado (fl., 964 do PAF), entretanto, afirmam os autuantes que ao analisar o disposto no RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6284/97, não fora encontrado dispositivo legal que desse razão à autuada, posto que o RICMS/BA, não contempla a não tributação nas saídas de materiais de uso ou consumo para outro estabelecimento de mesmo titular, colacionando no corpo da informação fiscal disposições do RICMS/SP, RICMS/BA e Convênios 19/91, alterado pelo Convenio 06/99.

Informa ainda que as NF.s 90288, 93109, 102735, 109002, dos respectivos meses: janeiro, fevereiro, maio e julho/2003, não seriam materiais em transferências e sim aquisições interestaduais de materiais (dispersantes, anti-corrosivos), que a autuada não recolheu o diferencial de alíquota. Acrescenta que o valor remanescente a ser pago é de R\$ 13.785,95, e não R\$ 13.728,63, pois a autuada recolheu do ICMS da infração 02, conforme soma das parcelas constantes na fl. 994 do PAF, foi de R\$ 5.245,16, entendendo ser a diferença do total reclamado o valor de R\$ 19.031,11.

Quanto às alegações feitas pelo autuado, a respeito da infração 03, os autuantes lembram a reincidência da autuada em lançamentos pretéritos, dos períodos fiscalizados (1998, 1999 e 2000 a 2002) conforme acórdãos 0450-01/05 e 0295-11/06. Infere que os produtos (Matérias dispersantes e anti-corrosivos da Nalco, materiais estes que constam do demonstrativo de débito (fls. 178 a 184 do PAF), são para uso ou consumo da empresa. Estes materiais sob a ótica do Parecer Normativo PROFI 01/81 de Johnson Barbosa, são destinados para uso e consumo na empresa, pois, segundo o citado parecer, os produtos adquiridos não participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, e não são consumidos (gastos, destruídos, extinguidos) a cada participação. O Nabo seria produto utilizado no tratamento de água de refrigeração, assim como Kurizet, Dearborn etc. O hipoclorito de sódio e soda cáustica são materiais utilizados no tratamento de efluentes, servem apenas para adequar os efluentes à legislação ambiental. O nitrogênio serviria para purga de equipamentos.

Levando em conta o quanto demonstrado a respeito dos materiais adquiridos, os autuantes ratificam o crédito reclamado.

Sobre os argumentos esposados pelo autuado em referência a infração 06, os autuantes asseveram que a ação fiscal, através dos arquivos magnéticos entregues pela autuada junto à Sefaz/BA, relacionou as mercadorias adquiridas e lançadas na escrita fiscal/contábil com o CFOP 2551, e os créditos de ICMS aproveitados, na proporção de 1/48. Nas fls. 511 a 519 do PAF, estão na Planilha dos materiais adquiridos e alocados indevidamente como ativo imobilizado, inclusive os respectivos centros de custos. Nela afirmam ter observado que a autuada teria se apropriado do crédito de ICMS de materiais para uso ou consumo.

Entendem que os materiais para consumo adquiridos são, em parte, peças de reposição, como componentes de equipamentos que se desgastam ao longo do processo produtivo e têm de ser repostos de tempo em tempo para garantir o funcionamento dos equipamentos, como: NF 034502, trocador de calor; NF 1353, válvula diafragma; NF 089503, atuador alumínio; NF 004798, flange; NF 000778, indicador de nível; NF 022778, cabeçote de alumínio; NF 012619, válvula de controle; NF 397877, transmissor de temperatura; NF 122789, cabeçotes; 037081, transmissor microprocessador; NF 009879, fotoionizador; NF 001859, bomba de vácuo, e a quase totalidade dos materiais adquiridos.

Informam ainda que, sobre a alocação de parte destes materiais serem para o centro de Custo Fabricação Netilamina, afirmam ser peças de reposição caracterizadas como materiais de uso e consumo, ou constam também materiais para limpeza, utilizados na limpeza das instalações e equipamentos, como: NF 004683, resilam, resilimp (solvente de limpeza), tecido e mantas, bem como aquisições de bens para o ativo que foram alocados em centros de custos diversos daqueles relacionados com os setores de produção, como: NF 711022, veículo Ford E250, centro de custo de meio ambiente e segurança industrial; NF 019099, cabo notebook, alocado no setor de vendas; NF 001181, caixa superfície/tampão proteção/fixador para cabo, alocado para Infra—estrutura Informática, inclusive alheio à unidade de Camaçari, foram Jaboatão e São José dos Campos; NF 031400, catalyst e NF 031401, catalyst que foram alocados no centro de custo de Infra-estrutura informática; NF 370652, precisão adventurer, alocado no laboratório; NF 111910, guia de cabo alocado para Infra-estrutura informática, também item alheio à unidade de Camaçari, foram Jaboatão e São José dos Campos; NF 001182, placa sistema etc, alocados para Infra-estrutura informática; NF 003207, maleta, alocado na controladoria; NF 187036, microcomputador, alocado na gerência administrativa e controladoria; NF 333338, microcomputador, alocado no laboratório; NF 005258, sistema cromatografia gasosa, alocado no laboratório; NF 455551, balança, alocado no laboratório.

Ressaltam que a autuada não apresenta relação de projetos, e que também não foram informados durante a ação fiscal da existência de projeto de ampliação, modernização ou instalação de alguma nova linha de produção pela Basf. Ao contrário do que afirmou na defesa, a autuada não teria comprovado os planos de ampliação que abrigariam os materiais listados no PAF, entendendo os autuantes ser devida à infração imputada.

Quanto às alegações do autuado a respeito da infração 08, afirmam que a empresa efetuou, em alguns meses, recolhimentos a menos do ICMS referente à substituição tributária nas aquisições de serviços de transportes rodoviários de cargas interestaduais, prestações continuadas com determinadas transportadoras.

Os autuantes se manifestam informando que foi constatado no curso da ação fiscal que a autuada efetuava vendas de mercadorias, preponderantemente com a condição FOB, no que se refere aos fretes vinculados às vendas, e que, segundo os autuantes, havia também vendas, cujas prestações de transportes eram estabelecidas sob a condição CIF, sendo prestações continuadas e recorrentes com as transportadoras: Golden Cargo, Rápido 900, Ouroverde e Cavalinho.

Consignam que analisando os relatórios de fretes, fornecidos pela empresa (anexados ao PAF às fls. 822, 823, 830, 840, 855, 860, 876, 888, 921,922, 943), e comparando-os com os CTRC.s e os DAE's de recolhimentos do ICMS, verificaram que ocorreram recolhimentos a menos. Consignam que o Demonstrativo de Débito, anexo ao PAF, FL.s 815 a 820, relaciona os CTRC's que acobertaram as prestações de serviços de transportes, e as NF's de serviços prestados nos transportes de funcionários que constam dos relatórios de fretes apresentados pela autuada, e que serviram de base para as apurações e os recolhimentos dos respectivos ICMS substituição tributária transporte.

Para demonstrar as suas afirmações relaciona os períodos junho/2003 - NF 2033 da Empresa Santana, fl. 826 do PAF, R\$ 2.613,80, 5%, ICMS R\$ 130,69; CTRC 83852 da Golden Cargo, fls. 821, BC R\$ 158,31, 12%, ICMS R\$ 19,00; CTRC 26741 da Rápido 900, fl. 821, valor R\$ 3.900,00, com redução de 20%, por ser a transportadora optante do crédito presumido, a BC R\$ 3.120,00, ICMS de R\$ 374,40. Totalizando o

ICMS a recolher R\$ 524,09, enquanto o ICMS recolhido foi de R\$ 130,69, fl. 823 do PAF. Que segundo os autuantes, resultou no recolhimento a menos do imposto de R\$ 393,40.

Os autuantes apontam também os dados relativos a setembro/2004 - NF 676, da Empresa Santana, fl. 836 do PAF, BC R\$ 2.636,65, 5%, ICMS R\$ 131,83; CTCR's 14902, 14903, 14890, 14891, 14992, 15052, 15051, 15058 da Ouro Verde, respectivas fls. do PAF 831, 831, 832, 832, 833, 834, 834, 835, respectivos ICMS R\$ 7.065,45; R\$ 6.219,64; R\$ 7.752,21; R\$ 7.736,69; R\$ 7.748,33; R\$ 12.656,53; R\$ 7.759,98; R\$ 6.475,68, 12%, respectivos IONS R\$ 847,85; R\$ 746,36; R\$ 930,27; R\$ 928,40; R\$ 929,80; R\$ 1.518,78; R\$ 931,20; R\$ 777,08, totalizando IONS a recolher R\$ 7.741,57, entretanto, lembram que o ICMS recolhido totalizou R\$ 6.811,79, conforme fotocópias dos DAE's, fls. 828 e 829 dos autos. Resultando recolhimento a menos do imposto de R\$ 929,78.

Ressaltam que efetuaram a apuração do ICMS, CTCR por CTCR, NF por NF, de janeiro de 2003 a dezembro de 2005, mês a mês, não constatando recolhimento a menos em um mês e compensação em outro.

O autuado se manifesta novamente nos autos (fl. 1094), requerendo aditamento da impugnação, requerendo a juntada da inclusa e competente guia do DAE (fl. 1095), comprovando o recolhimento dos créditos tributários relativos aos itens 1, 2 (parcial), 4, 5, 7 e 9 do auto de infração.

VOTO

O auto de infração foi lavrado imputando o cometimento de 09 infrações, já relatadas, entre as quais ao autuado reconhece a exigência tributária relativa aos créditos exigidos na infração 02, parcialmente e a totalidade das infrações 1, 04, 05, 07 e 09, conforme sua manifestação à fl. 1094 e documentos às fls. 1095 e 1096, restando, portanto, a impugnação parcial da infração 02, e integral das infrações 03, 06 e 08.

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

Liminarmente, no que concerne ao pedido de realização de perícia, inclusive, para responder aos quesitos apresentados na peça de defesa, não identifiquei nenhuma necessidade da sua realização para o deslinde do feito. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada, dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. O perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Conclusivamente, este não é o caso ora configurado, pois os questionamentos técnicos e fáticos ora suscitados pelo autuado -especialmente relativos aos materiais de uso e consumo e demais itens relacionados nos quesitos- estão perfeitamente documentados e esclarecidos, através dos elementos trazidos aos autos e pela legislação do ICMS. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com amparo no artigo 147, inciso II, alíneas "a" e "b" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Ao impugnar a infração 02 o autuado alega que o RICMS/SP, aprovado pelo Dec. 45490 de 30/11/2000, em seu art. 7º, Inc. XV, contempla a não incidência do ICMS nas transferências internas e interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa. Esse fato não afasta a exigência do pagamento pelo autuado da diferença de alíquotas no momento da entrada de seu estabelecimento, de mercadorias ou bem originários de outra unidade federativa, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, nos exatos termos do art. 5º, I do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6284/97. Assim, não há na legislação tributária do Estado da Bahia dispositivo que obste tal exigência ou mesmo dispositivo similar ao disposto no aludido ato normativo do Estado de São Paulo.

Fica consignado, conforme lembram os autuantes, que as NF's 90288, 93109, 102735, 109002, dos respectivos meses: janeiro, fevereiro, maio e julho/2003, não seriam materiais em transferências e sim aquisições interestaduais de materiais (dispersantes, anti-corrosivos), que a autuada não recolheu a diferença de alíquota.

Assim, diante do exposto, considero totalmente subsistente a infração 02.

Quanto à infração 03, ficou demonstrado que os produtos - matérias dispersantes e anti-corrosivos, Nalco-, são para uso ou consumo da empresa, conforme, inclusive, decisão proferida nos acórdãos 0450-01/05 e 0295-11/06, relativos à mesma empresa em períodos anteriores. O Nalco é produto utilizado no tratamento de água de refrigeração, assim como Kurizet, Dearborn, também alvos da aludida decisão. O hipoclorito de sódio e soda cáustica são materiais utilizados no tratamento de efluentes, servem apenas para adequar os efluentes à legislação ambiental. O nitrogênio serve para purga de equipamentos. Pela descrição da utilização destes materiais no processo industrial, verifica-se que a natureza de cada um indica que não foram utilizados no processo produtivo e consumidos a cada etapa de produção como elemento integrado e indispensável ao produto final.

Com relação ao produto hipoclorito de sódio, também existe decisões neste CONSEF, tal como o Acórdão da 6ª JF nº 1215, referendado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão nº 1344/00, no sentido de que tal produto é utilizado como material de uso e/ou consumo, fato inclusive confirmado em revisão fiscal naquele processo.

Ademais, o autuado limitou-se a afirmar que os produtos, alvo da exigência da infração 03, fazem parte da etapa produtiva de produtos por ele comercializados, restando maiores elementos de prova para oferecer substância a sua contestação.

Concluo, dessa forma, pela subsistência da infração 03.

No que se refere à infração 06, os autuantes asseveram que a ação fiscal, através dos arquivos magnéticos entregues pela autuada junto à Sefaz/BA, relacionou as mercadorias adquiridas e lançadas na escrita fiscal/contábil com o CFOP 2551 (compra de bens para o ativo imobilizado), e os créditos de ICMS aproveitados, na proporção de 1/48, relativos a materiais adquiridos e alocados indevidamente como ativo imobilizado quando se tratavam de materiais para uso ou consumo. Ficou demonstrado, pelos autuantes, serem peças de reposição caracterizadas como materiais de uso e consumo, ou constam também materiais para limpeza, utilizados na limpeza das instalações e equipamentos, bem como aquisições de bens para o ativo que foram alocados em centros de custos diversos daqueles relacionados com os setores de produção.

Apesar de alegar, o autuado não comprova os planos de ampliação que abrigariam os materiais listados no PAF, concernentes aos ativos.

Considero, portanto, subsistente a infração 06.

A infração 08, traz a imputação de que o autuado reteve e recolheu a menos o ICMS, na condição de substituto tributário, nas aquisições de prestações sucessivas de serviços de transportes interestaduais, junto às transportadoras: Golden Cargo, Rápido.900, Ouroverde e Cavalinho. O autuado alega que efetuou os recolhimentos corretos e informa ter anexar documentação comprobatória. Ocorre, que os relatórios de fretes, fornecidos pela empresa (anexados ao PAF às fls. 822, 823, 830, 840, 855, 860, 876, 888, 921,922, 943), comparado com os CTRC e os DAE's de recolhimentos do ICMS, resulta, conforme apuração dos autuantes, no recolhimentos a menos do ICMS e a documentação apresentada na impugnação não elide a exigência, vez que não indicam que a apuração efetuada pelos autuantes fora incorreta, ou mesmo que os valores exigidos foram efetivamente recolhidos.

Para demonstrar as suas afirmações os autuantes exemplificam períodos junho/2003 - NF 2033 da Empresa Santana, fl. 826 do PAF, R\$ 2.613,80, 5%, ICMS R\$ 130,69; CTCR 83852 da Golden Cargo, fls. 821, BC R\$ 158,31, 12%, ICMS R\$ 19,00; CTCR 26741 da Rápido 900, fl. 821, valor R\$ 3.900,00, com redução de 20%, por ser a transportadora optante do crédito presumido, a BC R\$ 3.120,00, ICMS de R\$ 374,40, totalizando o ICMS a recolher R\$ 524,09, enquanto o ICMS recolhido foi de R\$ 130,69, fl. 823 do PAF, resultando no recolhimento a menor do imposto de R\$ 393,40. Ressaltam os autuantes que efetuaram a apuração do ICMS, CTCR por CTCR, NF por NF, de janeiro de 2003 a dezembro de 2005, mês a mês, e não constatando recolhimento a menos em um mês compensados em outro, além de o autuado não especificar ou mesmo demonstrar que se este fato teria ocorrido.

Alinhadas estas considerações, concluo pela subsistência da infração 08.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, não subsiste. É importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Em conformidade com o entendimento da Professora Mizabel Derzi - com o qual me alinho - em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7ª edição, à fl. 519, diz a professora, com a sua excelente didática, que o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que lesou o fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

A cobrança pela mora é apurada pelos sistemas corporativos desta Secretaria da Fazenda (SEFAZ), que através de rotina própria, e com arrimo em dispositivos legais, conforme art. 51 da lei 7014/96 e art. 102 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), Lei nº 3.956/81, atualiza os valores exigidos pela taxa SELIC. Saliento que a Lei nº 9.250/95 dispõe, nos termos da autorização do art. 61 do CTN, que esse será o instrumento para aplicação dos juros de mora, cuja questão já foi por demais discutida nos Tribunais Superiores que reiteradamente têm prolatado decisões admitindo a legalidade e constitucionalidade da sua aplicação. Chamo a atenção para o fato que o COTEB, em seu art. 101, § 3º, e 102, § 1º, dispõe que os acréscimos moratórios abrangerão, inclusive, o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa.

No Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, a matéria é tratada nos arts. 138, 138-A, 138-B e 139. Os acréscimos moratórios incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001 (esta é a situação de que cuida o presente Auto de Infração) são calculados de acordo com a regra do art. 138-B, acrescentado ao Regulamento pelo Decreto nº 7.886, de 29 de dezembro de 2000 (Alteração no 21).

Malgrado os argumentos apontados pela defesa, relativos à Selic/Juros, cumpre dizer que este órgão de julgamento não tem competência para decidir acerca da legalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologando o quanto recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207103.0002/07-9**, lavrado contra **BASF S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$157.857,45**, acrescido das multas de 60% sobre R\$145.143,33 e de 150% sobre R\$12.714,12, previstas no artigo 42, incisos II, "f", VII, "a" e V, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$370,00**, prevista no inciso XX, do mesmo

artigo e dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões CONSEF, 09 de julho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR