

A. I. N.º - 269139.0001/08-5
AUTUADO - BRASKEM S. A.
AUTUANTES - JOSÉ ELMANO TAVARES e MARCO AURÉLIO PAUL CRUZ
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 21.05.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0125-04/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** UTILIZAÇÃO ANTECIPADA A ENTRADA DA MERCADORIA. Infração reconhecida. **b)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte dos bens adquiridos se tratam de bens que compõem o ativo imobilizado. Refeitos os cálculos implicou em redução do débito. Infração elidida em parte. **c)** SEM A APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. Documentos juntados com a defesa comprovam regularidade de parte dos valores registrados. Infrações 3 e 4 elididas em parte. **d)** ATIVO PERMANENTE. APROPRIAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. **e)** FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À DAS ENTRADAS. **e.1)** GLP. Restou comprovado que não foi efetuado o estorno de crédito relativo às aquisições de insumos utilizados na produção de GLP cuja saída subsequente ocorreu com benefício da redução da base de cálculo. Infração caracterizada. **e.2)** ATIVO IMOBILIZADO. Planilhas de cálculos elaboradas pela fiscalização demonstram estorno de crédito dos insumos utilizados na produção de GLP proporcional ao faturamento deste produto e do porcentual de redução da base de cálculo, diferindo do critério previsto na legislação que estabelece que o valor do crédito a ser apropriado é de 1/48 avos sobre a relação entre as saídas tributadas e as saídas totais. Infração 8 não caracterizada. **f)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADA DE MERCADORIA. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. Infração devidamente caracterizada. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte dos valores exigidos referem-se a repasse e resarcimentos do imposto compensados legalmente do valor mensal apurado. Infração procedente em parte. 4. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. **a)** MERCADORIA SUJEITA
MERCADORIA NÃO TRIBU

Created with

obrigações acessórias. Multas de 10% e de 1% sobre o valor das mercadorias não escrituradas. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte dos valores apurados na infração 12 se refere a operações com mercadorias não tributável pertinente a infração 13. Feitos os cálculos o que implicou na redução do débito. Infração procedente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

O Auto de Infração lavrado em 23/12/08 exige ICMS no valor de R\$17.221.910,65, acrescido das multas de 60% e 150% além da aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$1.007.673,02 em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS referente à entrada no estabelecimento que ocorreu em data posterior à da utilização do crédito fiscal - R\$13.634,76.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento - R\$7.111.047,71.
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Consta na descrição dos fatos, que se referem apropriações de bens do ativo imobilizado no mês de maio/05 - R\$1.018.767,18.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Consta na descrição dos fatos, que se referem a valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS sem a apresentação dos respectivos documentos fiscais - R\$6.559.451,10.
05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Consta, na descrição dos fatos, que se trata do lançamento de Outros Créditos no livro RAICMS nº 9, pg. 138, conforme notas fiscais discriminadas em listagem relativa ao mês de novembro/05 – Sistema SIGB-S-01-Braskem - R\$9.744,32.
06. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - R\$12.641,20.
07. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução (GLP) - R\$1.596.679,93.
08. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução (ATIVO IMOBILIZADO/PROPORCIONAL A SAÍDAS ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS) - R\$549.798,77.
09. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Consta na descrição dos fatos, que se refere à nota fiscal 373398, não inclusa na listagem do ativo imobilizado do Sistema SIGB-017 - Braskem - R\$1.615,25.
10. Deixou de recolher ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme o Anexo 9 - R\$228.909,39.
11. Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido por diferimento, pago intempestivamente, porém espontâneo. Consta na descri

recolhimento do ICMS diferido relativo a ar de instrumento e de serviço, fornecidos pela empresa White Martins, pago com atraso - R\$833,10.

12. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$929.897,85.
13. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor não registrado - R\$64.140,41.
14. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade - R\$132.422,70.

O autuado na defesa apresentada (fls. 1317/1387) de início reconhece as infrações 1, 5, 6, 11 e 14, e parte da infração 4, promovendo pagamento mediante compensação com créditos acumulados.

Quanto à infração 2, afirma que junta documentos para tentar provar que se tratam de produtos aplicados em projetos de ampliação, modernização e revitalização do parque fabril, compondo maquinários do ativo imobilizado.

Afirma que os créditos fiscais são autorizados pela legislação (artigos 93, V, "b" e 124, do RICMS/BA), com base no princípio da não cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, I, da CF, art. 20 da LC 87/96), restringindo apenas as operações isentas, não tributadas e as mercadorias alheias à atividade do estabelecimento (art. 97, IV do RICMS/BA). Transcreve o art. 179 da Lei nº 6.404/76, conceitos de ativos imobilizados, relaciona às fls. 1327/1330 código de diversos Projetos (Repotencialização dos Fornos, Extração de Aromáticos, Integração Energética da A-550I... Investimento em equipamentos analíticos de laboratório UA conforme documentos juntados às fls. 1406/1900), junta demonstrativo elaborado a partir do livro Razão em CD, para tentar provar que houve equívoco por parte da fiscalização. Requer realização de diligência (art. 123, §3º e 145 do RAPAF/BA), para comprovar o afirmado e improcedência desta infração.

Com relação à infração 3 e parcela da 4, afirma que junta documentos para comprovar a origem e a natureza dos créditos de ICMS o que afasta a glosa por ausência de comprovação.

Com relação à infração 3, foram glosados os créditos da diferença de alíquotas, em razão da não localização e apresentação do documento relativo a bens do ativo imobilizado. Junta cópias das notas fiscais para tentar comprovar a origem legítima dos créditos referente a aquisições de bens do ativo imobilizado, de créditos apropriados em maio/05 (fls. 2195/2228) e planilhas com o cálculo da DIFAL e Controle de Crédito do CIAP (fls. 2229/2247).

Relativamente à infração 4, a fiscalização identificou valores lançados a crédito no livro RAICMS em diversos meses do exercício de 2005, cujos documentos comprobatórios não foram apresentados durante o curso da fiscalização, conforme listado no Anexo 4A, item 006 – “Outros Créditos”. Não tendo apresentado os documentos comprobatórios durante a fiscalização, presta esclarecimentos necessários, por documentos e créditos aproveitados, conforme resumo no final:

- A) Créditos decorrentes do programa faz universitário
- B) Transferência de Crédito, devidamente certificado, pela Politeno Ind. e Com. S/A.
- C) Transferência de Crédito acumulado pela Odebrecht Química pela sua Incorporação
- D) Aproveitamento Extemporâneo do crédito de ICMS de entradas de energia elétrica da COELBA
- E) ICMS pago a mais em operações com a PETROBRÁS, pelas NFs nºs 299.257 e 32.203.
- F) Crédito decorrente de ICMS retido e recolhido a maior pela Impugnante – CRTC 23.248.
- G) Valor Diferido – Utilidades

MÊS	Descrição	Descrição	NF	Valor
9	CPFL Comercialização Brasil	CNPJ 04.973.790/0001-42	75	41.74
9	Crédito extemporâneo COELBA	2003 A SET 2005 Poços e TMP		
9	ICMS antecipado	Venda de Sucata		

10	CPFL Comercialização Brasil	CNPJ 04.973.790/0001-42	38	49.35
11	CPFL Comercialização Brasil	CNPJ 04.973.790/0001-42. OUTUBRO 2005	103	18.76
11	Petrobras art. 166 do CTN	N NF 299257 de 26 09 05		1.363.94
11	Transferência de crédito	Politeno NF 238072 Faz Universitário. Processo 93996/20		265.86
11	Valor diferido UTILIDADES	NF 6188 6255 w.martins		30.19
12	Certificado de crédito POLITENO	309892 309894		2.550.00
12	CPFL Comercialização Brasil	NF 100 e 125 nov/2005 vencto. 09 12 05	100/ 125	16.43
12	Crédito extemporâneo COELBA	2002 a 2003		287.32
12	Faz Universitário	Título 136 processo 96996/2005-0		46.12
12	Faz Universitário	NF 239807 Politeno processo 96996/2005-0		146.53
12	Petrobras art. 166 do CTN	N NF 302203 de 26 10 05		876.70
12	Valor diferido UTILIDADES	NF 6273 6335 w.martins		64.39
3	CRTC recolhido a maior	23428 22/02/04		5.16
4	Transferência de crédito	Incorporação Odequi		337.59
1	Água subterrânea Compl. ICMS	NF 862/dez/2004		1.70
7	ICMS antecipado	Venda de Sucata		1.85
TOTAL DA INFRAÇÃO 04				6.559.45

Relativamente às infrações 7 e 8, (estorno de crédito proporcional a redução da base de cálculo e do crédito do ativo imobilizado) diz que não merecem prosperar, tendo em vista que no período de 2004 a 2005, as operações de saída de GLP ocorreram com redução de base de cálculo do imposto. Transcreve o art. 100, II do RICMS/97 e diz que o dispositivo legal assinalado pela fiscalização é inaplicável ao fato concreto, não existindo, inclusive, qualquer outro dispositivo na legislação estadual que pudesse ter sido apontado como infringido pela impugnante. Seja porque o GLP é um subproduto, gerado involuntariamente no seu processo produtivo, cuja receita de venda possui ínfima relevância se comparada ao valor total das vendas realizadas.

A) inaplicabilidade do dispositivo apontado como infringido à conduta do autuado.

Preliminarmente, afirma que cumpre demonstrar que não houve qualquer infração à legislação do ICMS, diante da realidade fática não se subsume ao dispositivo apontado como infringido.

Diz que o art. 100, II do RICMS/97 impõe o estorno de crédito quando as mercadorias tiverem saídas com redução de base de cálculo (revenda), mas está sendo exigido estorno de crédito da aquisição dos insumos e bens do ativo imobilizado, para a produção do eteno, propeno, compostos aromáticos e GLP, como consequência natural e compulsória do seu processo produtivo.

Observa que não adquire GLP e sim, bens e mercadorias que submetidos ao processo de industrialização, geram de forma compulsória o GLP, o que no seu entendimento afasta o cometimento da infração imputada por absoluta ausência de identidade entre a norma e os fatos.

Afirma que o art. 100, III, do RICMS/BA, prevê estorno de crédito quando houver saída subsequente alcançada por isenção, o que não se aplica a situação presente de saída com redução de base de cálculo. Entende que deve proceder estorno de créditos decorrentes das entradas de insumos empregados na industrialização, quando a operação subsequente com o produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, nos termos do art. 155, 2º, II da CF, art. 21 da LC 87/96 e art. 30 da Lei Estadual n.º 7.014/96, cujos dispositivos transcreveu às fls. 1349/1351 e também trechos publicados de Misabel Abreu Machado Derzi, Sacha Calmon Navarro Coelho, Gilberto de Ulhôa Canto, José Eduardo Soares de Melo, ementas do RE 161.031-0/MG, e AgRE 420908 para reforçar o seu posicionamento de que pelo princípio da não cumulatividade do imposto, a diminuição da base de cálculo na saída não obriga a efetivação de estorno de crédito.

Ressalta que os Convênios ICMS 112/89 e 124/93, acordam redução d
saídas internas de GLP, de tal forma que a incidência do imposto se e

não prevêem estorno de crédito de saída com redução da base de cálculo, regras adotadas pelos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul (art. 8º do RICMS/SP e 27, V e 35, XI do RICMS/RS).

Afirma que o preposto fiscal se equivocou ao vislumbrar o cometimento da infração à legislação de regência do ICMS, por entender que não se aplica aos créditos decorrentes de aquisições de bens e mercadorias, cuja saída subsequente do produto resultante de processo de industrialização se dá com redução de base de cálculo do imposto, no caso, o GLP.

B) Da Natureza de subproduto do GLP gerado involuntariamente na planta industrial.

Ressalta que na remota hipótese dos julgadores entenderem pela aplicabilidade da norma veiculada (art. 100, II, do RICMS/BA), não apenas às mercadorias objeto de revenda, mas também aos produtos resultantes do processo de industrialização, cuja saída subsequente seja feita com redução de base de cálculo, registra que tal dispositivo não se aplica ao caso em tela, posto que os produtos adquiridos são utilizados majoritariamente na produção de eteno, propeno e compostos aromáticos (cujas saídas não são feitas com redução de base de cálculo), sendo o GLP mero subproduto, gerado como consequência natural e compulsória do seu processo produtivo.

Descreve o procedimento da fiscalização, calculando a proporção entre receita total e receitas de GLP, encontrando um percentual mensal, que foi aplicado ao percentual encontrado sobre as aquisições que geram direito ao crédito de ICMS e em seguida aplicaram a alíquota de 17%, para achar o valor do crédito de ICMS utilizado. Numa outra coluna da planilha, intitulada “Créd. Prop. Correto” aplicaram a alíquota de 12% considerando a saída de GLP com redução da base de cálculo, para apurar o valor do crédito que fazia jus e por fim, apuraram e lançaram a diferença entre o valor do “Créd. Prop. Utilizado” e o valor “Créd. Prop. Correto”.

Da mesma forma, aplicaram o mesmo critério em relação ao ativo imobilizado, cuja diferença apurada para estorno do crédito foi considerada à razão de 1/48 por mês (art. 93, § 17, I).

Afirma que os autuantes desconhecem que o insumo (nafta) adquirido se decompõe na produção do eteno, propeno, butadieno, benzeno, xileno, tolueno e solventes, quando através da mistura de butanos e butenos, originam o GLP. Ressalta que o intuito é da produção do eteno, propeno e compostos aromáticos utilizados como insumos no processo de polimerização; e na etapa seguinte, transformação do eteno e do propeno em resinas, como insumos na fabricação de plásticos.

Esclarece que para otimizar a planta industrial, utiliza o GLP como combustível e comercializa parte dele, gerando faturamento insignificante em torno de 0,14% a 0,27% no período de janeiro a dezembro/05 (fl. 1363) não segregado na sua escrita contábil, e sim no seu custo de produção.

Salienta que estudiosos entendem que os subprodutos são “sobras”, possuem mercado consumidor estável, sua receita de venda tem representatividade mínima se comparada ao faturamento total, conforme textos do professor Eliseu Martins, para reforçar o seu posicionamento de que se trata de origem de desperdícios, não sendo considerados produtos.

Conclui esta linha de raciocínio afirmando que dada à ínfima representatividade da receita de suas vendas no seu faturamento global, não há que se falar em estorno de crédito decorrente das entradas de mercadorias, muito menos de bens destinados ao ativo imobilizado, proporcionalmente à redução da base de cálculo do imposto a que suas saídas estão submetidas. Transcreve parte de texto de autoria de Aurélio Pitangas Seixas Filho e decisões contidas nos ACÓRDÃOS 103-20813 e 106-12278 ressaltando que o processo administrativo fiscal é regido por princípios, dentre os quais legalidade, ampla defesa, verdade material, que obrigam a autoridade lançadora demonstrar o fato gerador e a base de cálculo do imposto com clareza e precisão.

Requer a improcedência desta infração sob o argumento de que o dispositivo legal apontado como infringido não tem aplicabilidade ao fato concreto, inexistente dispositivo que exija estorno de créditos apropriados quando da aquisição de bens ou mercadoria submetidos a processo de produção, saiam com redução de base de cálculo; seja porque o fato gerador é involuntariamente, não custeado, muito menos de ativado, já que

na produção de bens cujas saídas não ocorrem redução de base de cálculo.

Quanto à infração 9, afirma que os bens consignados na nota fiscal 37.398, foram empregados no ativo fixo do estabelecimento, conforme relatório de “Diferencial de Alíquotas por Documento” (fl. 2428), do mês de novembro/05, apurando um débito de R\$ 576.951,11, pago em parte (R\$565.55,44 - fl. 137 do livro RAICMS nº 09), absorvido pelo saldo credor acumulado (fl. 2480).

Ressalta que a parcela do diferencial de alíquotas relativa ao mês de novembro/05 que não foi adimplida decorreu da exclusão dos valores das notas fiscais 637, 638 e 639, cuja cobrança foi realizada pela fiscalização na infração 6, cuja procedência foi reconhecida, motivo pelo qual não deve prosperar a exigência do valor de R\$ 1.615,25, visto que já se encontra quitada.

No que tange à infração 10, aduz que não há do que se falar em recolhimento a menor do ICMS retido, tendo em vista que efetuou o recolhimento integral do ICMS devido.

Esclarece que o Convênio nº 03/99, prevê que os remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, são responsáveis, por substituição, pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as operações com esses produtos (Cláusula Primeira), situação em que se enquadra.

Salienta que comercializa combustíveis para distribuidora que revendem para compradores sediados em outras unidades da Federação, o que a obriga fazer provisão do valor do imposto retido anteriormente, repassando-o, para a unidade da federação de destino das mercadorias (Cl. 8^a e 11^a, III, ‘b’ do Convênio nº 03/99), com base em relatório do resumo das operações realizadas no mês, por unidade federada de destino e fornecedor (Anexo III da Cláusula 3^a do Conv. nº 54/2002).

Em seguida com base nos relatórios nas suas próprias operações, elabora o relatório demonstrativo do recolhimento do ICMS devido por substituição tributária no mês, por unidade federada de destino, de acordo com o modelo constante no Anexo VI, conforme determina a Cl. 10^a do Convênio ICMS nº. 54/2002, inclusive com base nos relatórios das distribuidoras localizadas em outros Estados que adquirem combustíveis de distribuidoras localizadas neste Estado.

Da diferença entre o valor devido pelas operações, o valor do imposto retido e os resarcimentos e deduções correspondentes ao ICMS incidente sobre operações realizadas por distribuidoras, repassadas a outros Estados, resulta o valor do ICMS-ST devido pela impugnante ao Estado da Bahia.

Traçada as linhas gerais da sistemática de apuração do ICMS-ST, afirma que pretende demonstrar que as supostas diferenças de recolhimento do imposto apontadas pela fiscalização decorreram de:

- Não ter informado no relatório Anexo VI alguns dos valores de ICMS de operações realizadas por distribuidoras, repassadas a outros Estados, dedutíveis na apuração do ICMS-ST devido ao Estado da Bahia, decorrente do atraso das distribuidoras em entregar o Anexo III, especificando os valores dedutíveis que deveriam ser incluídos no relatório Anexo VI de apuração do ICMS;
- Não ter computado na apuração do ICMS-ST notas fiscais de cancelamento de venda e devolução de mercadoria, que, resulta em estorno do débito de operações de venda canceladas.
- Do abatimento de imposto recolhido a maior em mês anterior.

Em seguida passou a relatar a situação ocorrida em cada mês:

Maio/05 - R\$ 27.729,50 decorre de recolhimento a maior no mesmo valor no mês de abril/05;

Agosto/05 - R\$ 114.465,13 - Corresponde à soma das operações de vendas de combustíveis realizadas pela PETROX DISTRIBUIDORA LTDA. para outros Estados da Federação no mês de julho/05 (SE - R\$107.348,20; Alagoas - R\$2.606,19 e Bahia/Ressarcimento – R\$5.218,87).

Outubro/05 - R\$ 22.014,33. A PETROX informou valor incorreto do imposto a ser repassado ao Estado de Minas Gerais o que foi corrigido no mês de setembro/05.

Dezembro/05 - R\$ 64.700,40 Não considerou a Nota Fiscal de Entrada 1100 de devolução da SHELL que gerou o estorno de ICMS de R\$ 15.796,53 e de repasse de R\$ 19.000,00 para o Estado do Sergipe, em decorrência de vendas da IPIRANGA para aquele Estado

Quanto às infrações 12 e 13, rebate que inexiste motivos para aplicação da multa capitulada, no artigo 42, IX e XI, da Lei n.º 7.014/96, correspondentes a 10% (dez por cento) e a 1% (um por cento), respectivamente, do valor comercial do bem ou da mercadoria, que tenha entrado no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal.

Discorre sobre multa, circunstâncias de cometimento da infração, finalidade da punição na exata medida da sua culpa, proporcionalidade entre o valor da multa e o valor do tributo, cita texto de autoria de Helenilson Cunha Pontes no sentido da multa não consistir num meio para que o Estado lance mão do patrimônio do contribuinte, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade, evitando sanções que extrapolam a sua finalidade.

Ressalta que o § 7º, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96 (art. 158 do RPAF/BA), atribui ao julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator em função do grau da sua culpabilidade e dos prejuízos causados ao Erário, cujo cancelamento está condicionado aos requisitos da penalidade decorrer do descumprimento de obrigação acessória, não ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação; e implicado na falta de recolhimento do imposto.

Argumenta que a não escrituração das notas fiscais nos livros fiscais não decorreram de conduta dolosa, fraudulenta ou dissimulada, não gerou prejuízo ao Erário, mas sim, por um lapso de seus prepostos, face à fase de transição quando a COPENE, passou por profundas alterações culminando em incorporação denominando BRASKEM, deixando de ser cumpridas algumas obrigações tributárias, em decorrência de extravio de notas fiscais de entrada, não causando prejuízo ao Estado, por não ter aproveitado os créditos do imposto, causando-lhe prejuízo.

Diz que preenche todos os requisitos autorizadores do cancelamento da multa, o que requer, conforme decidido em ementa não identificada do CONSEF transcrita à fl. 1382.

Com relação à infração 13, afirma que a “exigência formalizada pela douta fiscalização considerou, equivocadamente, operações de entrada não tributáveis, como se tributáveis fossem”, conforme análise de algumas notas fiscais que serviram de lastro para a autuação que “referem-se a operações de entrada de mercadorias não tributadas, razão pela qual não merece prosperar a exigência da multa então aplicada (10%)”.

Transcrevem o art. 7º, IX e X do RICMS/SP, que trata da não incidência sobre a saída e retorno de máquinas, equipamentos, ferramentas com destino a outro estabelecimento para lubrificação, limpeza, revisão, conserto, restauração ou recondicionamento ou em razão de empréstimo ou locação, desde que os referidos bens voltem ao estabelecimento de origem.

Afirma que as notas fiscais 783, 784, 785, 786, 787 e 788 consignam mercadorias não tributáveis, sendo no seu entendimento inadmissível a manutenção da multa aplicada pelo Fisco Baiano.

Ressalta que da mesma forma, a nota fiscal 6159 expressa consignado, que não está sujeita à incidência do ICMS, nos termos do artigo 7º, RICMS/SP e não pode ser tratado como tributável, incorrendo em ofensa ao princípio da legalidade, não se cogitando aplicação da multa de 10%.

Requer que se não acatado os argumentos expostos, seja reduzida a multa indevidamente cominada para o percentual de 1%, nos termos do art. 42, XI, da Lei n.º 7.014/96 (fl. 1385).

Por fim requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente em relação aos itens defendidos, promova o cancelamento das multas aplicadas, por entender que viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou se não cancelada que seja reduzida a multa da infração 12.

Os autuantes na informação fiscal prestada às fls. 2529/2538 inicialmente discorrem sobre as infrações, argumentos defensivos e em relação à infração 2, reconhecem que procede em parte os argumentos de que os produtos foram aplicados em projetos de ampliação, modernização, e revitalização do seu parque fabril, de cujas créditos fiscais foram glosados.

Ressalta que alguns relatórios juntados com a defesa indicam ~~valores lançados nas planilhas~~ considerados como sendo material de consumo, e vinculados à imobilização, mas que dos 238 códigos de projetos foi anexado docu

Em decorrência, elaboraram demonstrativos excluindo os valores comprovados, o que resulta em redução do débito de R\$7.111.047,71 para R\$1.445.731,94 (fl. 2546).

Relativamente à infração 3, com a juntada com a defesa do demonstrativo de notas fiscais (maio/05), cópias de algumas delas, memoriais descritivos de projetos e esclarecimento do destino dos materiais, elaboraram novos demonstrativos excluindo os valores comprovados o que reduziu o débito de R\$1.018.767,18 para R\$ 109.945,84 (fl. 2555).

Quanto à infração 4, reconhece que foram apresentados comprovantes de parte dos valores exigidos, tendo elaborado novo demonstrativo em que resultou em valor remanescente total de R\$460.450,03 (R\$459.289,18 - crédito sem apresentação dos documentos e R\$1.160,85 - crédito a maior de ICMS), tudo conforme demonstrativos às fls. 2569/2571.

No que se refere às infrações 7 no valor de R\$1.596.679,93 e 8 com valor de R\$549.798,77 relativas a estorno proporcional de crédito afirmam que não procede o argumento defensivo de que o art. 100, II, do RICMS/BA, não se aplica ao fato, visto que, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel suscetível de circulação econômica, inclusive o GLP, que o contribuinte considera como um subproduto é considerado mercadoria, conforme dispõe o art. 1º, §4º do mesmo diploma legal.

Ressaltam que as hipóteses de manutenção de crédito nas saídas com redução de base de cálculo estão previstas no art. 105, do RICMS/BA e não há previsão de manutenção de crédito para as saídas de GLP com redução de base de cálculo.

Salientam que não procede, também, o argumento de que as mercadorias adquiridas são destinadas a fabricação de outros produtos, que não o GLP, gerado de forma involuntária no processo produtivo, pois a fabricação do GLP tem como origem as mesmas matérias-primas e insumos cujos créditos foram utilizados. Mantêm integralmente a infração.

No tocante à infração 9, esclarecem que o contribuinte não disponibilizou a listagem do DIFAL relativa ao mês de novembro de 2005, durante a fiscalização, agora anexada aos autos, tendo sido desenvolvido roteiro de auditoria de outra listagem, onde constavam os valores do DIFAL, apenas de notas fiscais do ativo imobilizado.

Reconhecem que foi constatado que a nota fiscal 37398 não foi inclusa na listagem "Notas Fiscais - ATIVO IMOBILIZADO", Sistema SIGB-S-017 – Braskem, mas consta na listagem ora apresentada do Diferencial de Alíquota por Documento, conforme documento anexado pelo contribuinte e o valor total da mesma ajustado foi lançado no livro RAICMS do mês de novembro de 2005, motivo pelo qual após análise documental acatam o argumento do contribuinte.

Quanto à infração 10, afirmam que o contribuinte se pronunciou sobre cada um dos valores recolhidos a menor, de modo que passam a analisar da mesma forma.

a) R\$27.729,53, referente maio/2005, que o valor recolhido a menor, foi compensado de um recolhimento à maior em abril de 2005.

Contestam que as restituições de indébito são reguladas pelo RPAF (art. 74) e dependem de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, com a indicação do valor da restituição pleiteada, dispositivo legal, prova de nele estar enquadrado, cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido além de outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido, formalidades estas que não foram cumpridas, motivo pelo qual não acatam.

b) R\$114.465,13, recolhido a menor em decorrência de erro de informação da PETROX. Dizem que a documentação juntada com a defesa não trouxe evidência suficiente sobre a ocorrência do fato alegado, faltando esclarecer a inexistência do recolhimento a menor do ICMS, no mês de agosto de 2005, e detalhamento do quadro 7.1 relativo à PETROX nos meses de julho e agosto de 2005, também os valores de R\$2.606,19 e R\$5.218,87. Diante do

- c) R\$22.014,33, recolhido a menor, devido a erro de informação da PETROX, que segundo o autuado, decorre de falta de detalhamento dos valores lançados no Anexo VI, Quadro 9.1, relativo à PETROX nos meses de julho e outubro de 2005 para que pudéssemos constatar o erro. Diante desse fato mantêm a ação fiscal.
- d) R\$64.700,40, refere-se à nota fiscal de devolução não computada e constante do arquivo SINTEGRA, cujo ICMS-ST importou em R\$ 15.796,53 e o valor de R\$ 48.902,85, foi alegado tratar-se erro de informação da Petróleo Ipiranga. Dizem que os documentos anexados, relativo ao valor de R\$ 48.902,85, não foram suficientes para comprovar o fato. Alegam que na folha 1183 do PAF, encontra-se o Anexo VI, onde no Quadro 1, linha 1.2.1, está lançado o valor de R\$1.848.263,82. Este valor está discriminado no Quadro 7.1, onde temos o valor de R\$ 1.005.683,07, relativo à Petróleo Ipiranga e não houve o detalhamento destes valores. O contribuinte também anexou, à fl. 1180 o anexo III emitido pela Petróleo Ipiranga, onde consta o valor de R\$660.180,22 relativo a ICMS devido à UF SE. Estes documentos não são suficientes para esclarecer o recolhimento a menor.

Por fim dizem que elaboraram novo demonstrativo apresentando às fls. 2573/2576 no qual o valor do débito foi reduzido de R\$228.909,39 para R\$ 213.112,86 relativo à infração 10.

Quanto às infrações 12 e 13, relativas à aplicação de multas pela falta de registro de documentos fiscais: CFAMT (12-mercadoria tributável e 13-mercadoria não tributável), afirmam que procederam uma alteração no demonstrativo para operações não tributadas, relativas às notas fiscais anexadas nos autos pelo contribuinte.

Quanto ao argumento defensivo de que a falta de registro das notas fiscais não causou prejuízo ao Erário Público e sim ao autuado, contestam dizendo que a ausência de registro dos documentos fiscais comprobatórios das operações do contribuinte prejudica de forma substancial os trabalhos de fiscalização, que é pautado na escrita fiscal do contribuinte e não tendo priorizado, junto aos seus empregados, o cumprimento da legislação fiscal do ICMS, assumiu os riscos e o ônus que deve ser suportado pelo autuado e não pelo Erário.

Ressaltam que no período em que estiveram fiscalizando esta empresa, dispensaram mais tempo do que o necessário com relação ao registro de centenas de notas fiscais. Outras empresas deixaram de ser programadas para fiscalização. Exercícios decaíram. Este é o custo de oportunidade que a falta do registro dessas centenas de notas fiscais representa para o Erário, quando resultado de fiscalização mais significativa poderia ser alcançado.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, sob o pretexto de ser gravosa demais para o contribuinte, afirmam que além de ser um descumprimento explícito do RICMS/BA, que determina obrigatoriedade de escrituração fiscal e impõe sanções quando não cumprida a legislação, visando controlar a sonegação, beneficia apenas o infrator, enquanto todo o ônus é suportado pelo Erário conforme já mencionado.

Dizem que feitas as alterações, o total do débito passou a ser de R\$927.365,40 na infração 12 e R\$64.393,68 na infração 13 conforme demonstrativos às fls. 2576/2589. Requerem a procedência parcial da informação fiscal.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 2585) tendo o mesmo se manifestado às fls. 2587/2618.

Inicialmente comenta as razões de defesa apresentada e concorda com a conclusão exarada na informação fiscal no que tange às infrações 2, 3, 4, 9 e a uma parcela pequena da infração 10, atendo-se nesta peça a refutar as conclusões atinentes às infrações 7, 8, 12,13 e a maior parte da infração 10, conforme passou a expor.

Com relação à infração 4, observa que os autuantes mantiveram a glosa do valor de R\$455.195,58, referente a crédito utilizado extemporaneamente no mês de setembro/05, proveniente de aquisições de energia elétrica, face a não juntada dos documentos

tendo localizado os documentos probatórios fez juntada dos mesmos às fls. 2619 a 2476 e pede a improcedência desta infração.

Passou então a refutar os argumentos contrapostos pelos autuantes relativos às infrações 7, 8, 10, 12 e 13.

Com relação às infrações 7 e 8 do Auto de Infração, contesta os argumentos dos autuantes de que o art. 100, II, do RICMS/BA, se aplica ao fato; que as saídas de GLP com redução de base de cálculo não se enquadram nas hipóteses de manutenção de crédito (art. 105, do RICMS/BA) e que as mercadorias adquiridas são destinadas a fabricação de outros produtos, utilizam as mesmas matérias-primas e insumos cujos créditos foram utilizados na produção do GLP.

Afirma que as ponderações dos autuantes são equivocadas, por entender que artigo 100, II do RICMS/97 impõe o estorno de crédito quando as mercadorias adquiridas forem objeto de operação subsequente com redução de base de cálculo, mas não adquire GLP e promove saída.

Reitera o entendimento de que não se pode exigir estorno de crédito relativo à aquisição de insumos e bens destinados ao ativo imobilizado utilizados em planta industrial, por falta de amparo constitucional (art. 155, § 2º, I, da CF/88), LC 87/96, Lei Estadual 7.014/96 que determina o estorno do crédito decorrente de isenção ou não-incidência. Ressalta que legislação inferior não pode extrapolar limites constitucionais, maculando vício da inconstitucionalidade, conforme entendido pelo Plenário do STF, no julgamento do RE 161.031-0/MG.

Ressalta que os Estados aderiram ao Conv. ICMS 112/89, prorrogado pelo Conv. 124/93 acordando redução de base de cálculo nas saídas internas de GLP sem previsão de estorno de crédito, bem como as hipóteses de manutenção de crédito nas saídas com redução de base de cálculo previstas no art. 105 do RICMS/BA não se aplica às saídas de GLP com base de cálculo reduzida.

Reafirma que o GLP é produto resultante do processo de industrialização comercializado sem redução de base de cálculo.

Com relação à infração 10, afirma que não houve recolhimento a menor do ICMS Substituição, visto que as diferenças de recolhimento apontadas pela fiscalização decorreram da não informação no relatório Anexo VI elaborado por ele, relativo a valores do ICMS incidente sobre operações realizadas por distribuidoras, repassadas a outros Estados. E também pelo equívoco cometido de não computar na apuração do ICMS-ST notas fiscais de cancelamento de venda/devolução de mercadoria, o que, por consequência, resultaria no estorno do débito do imposto incidente sobre operações de venda que, posteriormente, foram canceladas. E do abatimento de imposto recolhido a maior em mês anterior.

Pondera que no cumprimento de determinadas formalidades legais ter cometido equívocos não pode caracterizar existência de débito, tendo em vista que os autuantes tiveram à disposição os documentos que comprovam inexistência de qualquer saldo devedor a pagar, a título de ICMS Substituição. Em seguida reitera os argumentos apresentados na defesa original.

Com relação às infrações 12 e 13, reitera os argumentos de que a não escrituração de notas fiscais (Anexos 11C e 11D), não foi praticada com dolo, fraude ou simulação e sim, decorrente de falha cometida pelos seus prepostos, quando da incorporação da COPENE, contratando novos administradores, novos profissionais, desligamento de outros vinculados ao setor fiscal o que conduziu a não escrituração e extravios de notas fiscais. Tudo isso culminando em prejuízo pelo não aproveitamento dos créditos fiscais. Requer cancelamento da multa.

Por fim, requer a procedência parcial do Auto de Infração requerendo a improcedência das infrações 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 12 e 13.

A 4ª JJF determinou a realização de diligência (fl. 2748) para que os autuantes analisassem os novos documentos juntados com a manifestação do autuado.

Os autuantes prestaram a segunda informação fiscal (fls. 2750 a 2
fiscalização expediram intimações para apresentação de document

em relação à infração 4. Conforme demonstrativo à fl. 2569, restou devido R\$460.450,03 (R\$459.289,18 - crédito sem a apresentação de documentos e R\$1.160,85 - crédito a maior).

Dizem que analisaram os documentos fiscais juntados ao processo e constataram que se referem a contas de energia relativas a diversos contratos (Poços – R\$74.526,38; Rest. Mirante – R\$201,48 e outras contas contrato COPENE Caboto Rural – R\$380.467,72) e um lançamento em duplicidade no valor de R\$20.536,71 relativo a nota fiscal 12489260 (fl. 145 do livro REM 173 - fl. 2746).

Acatam os valores relativos a Poços e entendem que não há direito dos créditos relativos ao Restaurante Mirante e deixam de acatar os valores relativos a outras contas por não saber a origem destes créditos. Apresentaram novo demonstrativo de débito totalizando R\$385.923,65 (R\$384.762,80 pela falta de apresentação de documentos e R\$1.160,85 de crédito a maior).

Intimado para tomar conhecimento da nova informação fiscal o autuado manifestou-se (fls. 2761 a 2767), inicialmente resume a seqüência dos fatos e com relação à infração 4, reconhece que assiste razão aos autuantes quanto ao crédito relativo ao Restaurante Mirante no valor de R\$201,48.

Com relação ao contrato 203636679 – COPENE – Caboto Rural, refere-se ao fornecimento de energia elétrica a unidade de Transferência de Nafta localizada no Porto de Aratu conforme documentos juntados às fls. 2768/2773. Esclarece que importa a nafta, a qual é armazenada em tanques, cujo transporte é feito por dutovias acionado por bombas localizadas na Unidade de Transferência. Afirma que a energia fornecida é de alta tensão, utilizada em atividade industrial e é legítimo o crédito fiscal do ICMS.

Relativamente aos contratos de energia dos Poços 15 e 17 a 22 do mesmo contrato, afirma que se trata de fornecimento de energia industrial, o que pode ser constatado no exame das contas que junta ao processo (fls. 2774/2779), no campo dados do contrato e também legitimo o direito ao crédito fiscal. Caso não acatado os argumentos pelos autuantes requer o acatamento por parte dos Julgadores.

Os autuantes prestam a terceira informação fiscal e dizem que após a análise dos documentos juntados ao processo, concordam com a legitimidade dos créditos fiscais utilizados relativo ao consumo dos Poços e da Unidade de Transferência de Nafta, tendo refeito o último demonstrativo fazendo a exclusão dos valores correspondentes. Ressaltam que ficam mantidos os valores exigidos relativos ao consumo no Restaurante Mirante e mantido o valor lançado em duplicidade totalizando R\$25.992,64 (R\$24.831,79 pela falta de apresentação de documentos e R\$1.160,85 de crédito a maior), conforme demonstrativo à fl. 2785.

VOTO

No mérito o Auto de Infração exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal (antecipadamente, sem apresentação de documentos, apropriado a mais que o de direito, falta de estorno e lançamento em duplicidade), da diferença de alíquota, por substituição tributária e falta de recolhimento de acréscimos moratórios, além da aplicação de multa por ter dado entrada e não registrado de mercadorias sujeita a tributação e não tributáveis.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu integralmente as infrações 1, 5, 6, 11 e 14. Portanto, inexistindo lide relativa a estas infrações as mesmas devem ser mantidas na sua totalidade.

Quanto à infração 2, na defesa apresentada o autuado alegou que parte dos bens adquiridos se tratava de produtos aplicados em projetos de ampliação, modernização e revitalização do parque fabril e juntou documentos para tentar comprovar suas alegações.

Na primeira informação fiscal, os autuantes reconheceram que parte dos produtos foi efetivamente aplicado em projetos de ampliação, modernização, e revitalização do parque fabril. Rebateram que outros lançados nas planilhas, se tratam de material de consumo. Refizeram os demonstrativos originais excluindo os valores comprovados que foram aplicados no ~~ativo imobilizado~~

Na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 2589) o autuado concordou com a conclusão da informação fiscal.

Pelo exposto, restou comprovado que parte dos bens adquiridos compuseram o ativo imobilizado da empresa (fls. 1327/1330) e correta à exclusão dos valores correspondentes. Assim sendo, acato o demonstrativo de débito refeito pelos autuantes e juntado às fls. 2540/2541 e considero devido o valor de R\$1.445.731,94. Infração procedente em parte.

Com relação às infrações 3 e parcela da 4, que tratam de utilização de crédito fiscal sem a apresentação do documento fiscal correspondente, na defesa apresentada o autuado juntou cópia de diversas notas fiscais para tentar comprovar a origem e a natureza dos créditos de ICMS (fls. 2195/2228) e planilhas com o cálculo da DIFAL e Controle de Crédito do CIAP (fls. 2229/2247).

Na primeira informação fiscal, os autuantes acataram os documentos apresentados, refizeram os demonstrativos originais excluindo os valores comprovados o que reduziu o débito de R\$1.018.767,18 para R\$ 109.945,84 da infração 3 (fl. 2555).

Na manifestação acerca da informação fiscal o autuado concordou com a conclusão exarada na informação fiscal. Portanto, tendo sido exigido o imposto relativo a utilização de crédito fiscal sem a apresentação de documento fiscal, com a juntada à defesa dos documentos não localizados durante a fiscalização, acato o demonstrativo de débito refeito pelo autuante, anexado à fl. 2555 e considero devido o valor de R\$109.945,84. Infração procedente em parte.

No tocante à infração 4, o autuado juntou com a defesa documentos fiscais que não foram apresentados durante o curso da fiscalização, conforme listado no Anexo 4A. Na primeira informação fiscal os autuantes acataram os documentos juntados com a defesa o que resultou em redução do débito de R\$6.559.451,10 para R\$460.450,03 conforme demonstrativos refeitos acostados às fls. 2569/2571.

Na manifestação acerca da primeira informação fiscal (fl. 2589), o autuado contestou que não foram juntados documentos com a impugnação pelo fato de não terem sido localizados a tempo, e juntou cópias das notas fiscais de energia elétrica (fls. 2619/2715), bem como demonstrativo à fl. 2716 totalizando crédito de R\$455.195,58 que alegou ter sido escriturado regularmente conforme cópia do livro REM (fls. 2717/2746).

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF (fl. 2748) os autuantes acataram valores que totalizaram R\$74.526,38 e mantiveram valores exigidos de R\$385.923,65 (R\$384.762,80 + R\$1.160,85). Questionaram que parte dos valores mantidos se referem a Poços 15 e 17/22 da conta Coelba Caboto Rural e do Rest. Mirante, que por falta de informações entenderam não ter direito ao crédito fiscal.

Na manifestação acerca da diligência, o autuado concordou que não tinha direito ao crédito relativo à conta de energia elétrica do Restaurante Mirante. Relativamente às contas de energia dos Poços 15 e 17/22, esclareceu que se referiam ao emprego nas bombas utilizadas para impulsionar produtos dos navios para a Unidade de Insumos Básicos localizada a 35 KM, conforme contrato Coelba/COPENE juntado às fls. 2768/2773. Argumentou que o consumo de energia de alta voltagem é empregado nas atividades de industrialização e que faz jus à utilização do crédito fiscal correspondente.

Na terceira informação fiscal (fls. 2783/2784), após análise dos documentos os autuantes concordaram que a energia elétrica vinculada aos Poços foi empregada no acionamento de bombas para transferência de nafta importada. Refizeram o demonstrativo de débito anterior reduzindo o valor exigido de R\$385.923,65 para R\$25.992,84 (R\$24.831,79 + R\$1.160,85).

Pelo exposto, restou comprovado a regularidade da maior parte dos créditos fiscais tidos como utilizados de forma indevida, devendo ser mantido os valores remanescentes relativos a crédito utilizado: em duplicidade (fl. 2746); relativo ao Restaurante Mirante e de venda de sucata, fato que já era de conhecimento do autuado

do resultado da diligência fiscal anterior (fls. 2751/2752). Por isso, acato o demonstrativo do autuante à fl. 2785 e considero devido o valor de R\$25.992,64. Infração elidida em parte.

Quanto à infração 7, a mesma acusa falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a saídas subseqüentes com redução de base de cálculo. Na defesa apresentada o autuado alegou que o dispositivo do enquadramento (art. 100, II do RICMS/97) não se aplica a situação de fato.

Conforme explanado na defesa, informou que adquire nafta a qual é decomposta na produção do eteno, propeno, butadieno, benzeno, xileno, tolueno e solventes, sendo que através da mistura de butanos e butenos, origina o GLP. Argumentou que a produção do eteno, propeno e compostos aromáticos são utilizados como insumos no processo de polimerização, transformando o eteno e propeno em resinas, utilizadas na fabricação de plásticos. Entende que o GLP é um subproduto resultante do processo de industrialização, utilizando parte como combustível na própria empresa e outra parte é comercializada.

Os autuantes rebateram dizendo que mesmo sendo gerado de forma involuntária no processo, o GLP, tem como origem as mesmas matérias-primas e insumos cujos créditos foram utilizados.

Pelo exposto, está claro que o GLP resultante do processo de industrialização, parte foi comercializada com base de cálculo reduzida. A questão que se apresenta é se cabe ou não a obrigatoriedade de fazer o estorno de crédito relativo às matérias-primas empregadas na sua produção.

O dispositivo indicado no enquadramento estabelece que:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

II - forem objeto de operação ou prestação subseqüente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

Verifico que ao contrário do que foi afirmado na defesa, o dispositivo regulamentar se aplica a operação em questão, tendo em vista que a empresa utilizou os créditos fiscais relativos às mesmas matérias-primas e insumos cujos créditos fiscais foram utilizados na produção do GLP e mesmo que a sua produção não seja desejável como alegado, trata-se de produto que foi comercializado com redução de base de cálculo, mesmo que resulte em parcela pouco significante do faturamento bruto da empresa. Também não pode ser acatada a tese defensiva de que tal dispositivo só se aplica a mercadorias, tendo em vista que este conceito é genérico e se aplica a qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica de acordo com o art. 1º, § 4º do RICMS/BA.

No que se refere à alegação de que o Convênio ICMS 112/89 e 124/93 acordam redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas de GLP, equiparando à alíquota de 12%, mas não prevê estorno de crédito de saída com redução da base de cálculo, observo que embora os citados Convênios ICMS não tragam expressamente previsão do estorno, há regra específica prevista no art. 100, II do RICMS/BA prevê estorno de crédito para compatibilizar proporcionalidade entre o valor do imposto devido nas saídas com base de cálculo reduzida e o montante do crédito fiscal dos insumos adquiridos.

Dessa forma está correta a metodologia adotada pela fiscalização, calculando a proporção entre receita total e receitas de GLP, para apurar as aquisições que geram direito ao crédito de ICMS, a exemplo do demonstrativo do estorno proporcional à fl. 794, do mês de janeiro no qual a fiscalização aplicou o índice de 0,00527 de saídas de GLP sobre o crédito fiscal total do ICMS de R\$332.204,73 que foi utilizado e aplicado o porcentual de redução de base de cálculo de 29,4117% da comercialização de GLP com redução da base de cálculo, apurou o valor do crédito que fazia jus de R\$234.497,46 e exigiu o estorno proporcional de R\$97.707,27. Portanto, é compreensível a apuração dos valores exigidos como devidos, motivo pelo qual não acato o argumento defensivo de falta de demonstração do fato gerador e da base de cálculo do ir

Constatou também, que em relação à operação objeto da autuação não se aplica regras de exceção que asseguram a manutenção do crédito fiscal previstas nos artigos 103 e 105, I (exportação e saídas com alíquota de 25% com aplicação da redução de base de cálculo de modo que equipare a 17%).

Convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados manifestou o entendimento de que a redução da base de cálculo se configura como uma espécie de isenção parcial do imposto, a exemplo do AI-AgR 449051 / RS e AI-ED 497755 / PR. Logo, o valor atribuído da redução da base de cálculo corresponde a uma isenção parcial, que compatibiliza a exigência do estorno de crédito nos termos do art. 155, 2º, II da CF, art. 21 da LC 87/96 e art. 30 da Lei Estadual n.º 7.014/96.

Concluo que é cabível, portanto, a exigência do estorno do crédito fiscal proporcional a redução da base de cálculo, procedimento este que foi adotado pela fiscalização. Infração não elidida.

Relativamente à infração 8, foi indicado o mesmo enquadramento da infração 7 (art. 100, II do RICMS/BA), porém refere-se à exigência de estorno de crédito proporcional das aquisições de bens do ativo imobilizado.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que no Anexo 7B (fl. 830) os autuantes consolidaram por mês os valores de “Crédito ICMS s/ativo” e “Valor relativo ao crédito de diferencial de alíquota s/imobilizado”, que foram transportados do livro RAICMS. Tomando como exemplo o mês de janeiro/04, valores de R\$396.752,31 e R\$214.532,50 (fls. 799/800).

Estes valores mensais foram transportados para o demonstrativo à fl. 819 (2004) do qual foram expurgados em coluna própria o crédito indevido de “MAT. CONS. 1/48”, a exemplo do mês janeiro/04, Imobilizado ICMS 1/48 = R\$214.532,50 – **R\$ 1.846,24** (MAT. CONS. 1/48) resultou em valor de R\$212.686,26, valor este que foi multiplicado pelo porcentual de 0,5270% relativo a saídas de GLP naquele mês (também utilizado na infração 7) o que resultou em valor de R\$1.120,94 (GLP ICMS TOTAL créditos de ICMS). Sobre o valor do crédito do ICMS atribuído ao GLP foi aplicado o porcentual de 0,294017% relativo ao benefício da redução da base de cálculo utilizado nas vendas de GLP de modo que a alíquota de 17% fique equiparada a 12%.

No que se refere aos critérios de apropriação de créditos relativos ao ativo imobilizado, o art. 93, §17 estabelece:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito às seguintes disposições (Lei nº 7710):

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;

Pelo exposto, o critério de apropriação de créditos fiscais relativos às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado é obtido dividindo a fração de um quarenta e oito avos, multiplicado pelo porcentual apurado da proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período.

Não foi este procedimento que foi adotado pela fiscalização. Constatou que no demonstrativo acostado às fls. 819/839, os autuantes apuraram o montante do crédito obtido dividindo a fração de um quarenta e oito avos e sobre este valor aplicaram o porcent relativo às vendas de GLP em relação ao faturamento global da

créditos apurados atribuído às entradas de insumos utilizados na produção do GLP, expurgaram o porcentual previsto na redução de base de cálculo na comercialização de GLP.

Portanto, concluo que é correto a obrigatoriedade de estornar créditos decorrentes das entradas de insumos empregados na industrialização, cuja saída for beneficiada com redução de base de cálculo o que ocorreu na infração 7, calculando-se o estorno na mesma proporção das saídas com redução da base de cálculo. Porém, o mesmo critério não pode ser empregado em relação aos créditos mensais de 1/48 avos vinculados às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, visto que o legislador estabeleceu que o montante a ser creditado mensalmente decorre da proporção entre o valor das saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período.

Dessa forma, concluo que a metodologia aplicada para apuração do montante exigido não encontra fundamento na legislação do ICMS e julgo improcedente a infração 8. Infração não caracterizada.

No tocante à infração 9, na defesa apresentada o autuado esclareceu que os bens consignados na nota fiscal 37.398, foram empregados no ativo imobilizado (fl. 2428), gerando débito de R\$ 576.951,11, que foi absorvido em parte pelo saldo credor acumulado (R\$565.555,44 - fl. 137 do livro RAICMS nº 09 - fl. 2450). Alegou que a parcela do diferencial de alíquotas não adimplida (nov/05) decorreu da exclusão dos valores das notas fiscais 637, 638 e 639, cuja cobrança foi feita na infração 6, tendo a mesma sido reconhecida.

Na informação fiscal os autuantes informaram que durante a fiscalização não foi disponibilizada a listagem do DIFAL relativa ao mês de novembro/05 e reconheceram a procedência das provas e argumentos defensivos após análise documental.

Verifico que conforme documentos juntados ao processo, os valores exigidos relativos às notas fiscais 637, 638 e 639 foram objeto da exigência do ICMS DIFAL na infração 6, a qual foi reconhecida e paga pelo autuado. Assim sendo, considero improcedente esta infração, de modo que não configure exigência do ICMS em duplicidade.

Quanto à infração 10, na defesa o autuado afirmou que recolheu corretamente o ICMS retido das vendas de combustíveis e lubrificantes para distribuidora, que revendem para contribuintes localizados em outros Estados, o que a obriga repassar o ICMS-ST para a unidade da Federação de destino das mercadorias (Cl. 8^a e 11^a, III, 'b' do Convênio nº 03/99, com base do Anexo III da Cláusula 3^a do Conv. nº 54/2002). Esclareceu que com base nos relatórios de suas próprias operações, elabora o *relatório de recolhimento do ICMS-ST, por unidade federada de destino* (Anexo VI, Cl. 10^a do Convênio ICMS nº. 54/02), tomando como base os relatórios fornecidos pelas distribuidoras localizadas em outros Estados, tendo apurado o valor devido: pelas operações próprias, valor do imposto retido, resarcimentos, deduções do ICMS repassadas a outros Estados o que resulta no valor do ICMS-ST devido pela impugnante ao Estado da Bahia.

Alegou que os valores exigidos decorreram de: Não ter informado no Anexo VI, valores repassados por distribuidoras, decorrente de atraso de entrega; Não ter computado cancelamento de venda e devolução de mercadoria no cálculo do ICMS-ST e do abatimento de imposto recolhido a maior em mês anterior.

Na informação fiscal, os autuantes contestaram dizendo que:

- 1) O valor recolhido a mais no mês de abril/05 não podia ser compensado no mês seguinte;
- 2) A documentação juntada com a defesa não constitui prova suficiente de que o valor recolhido a menos no mês de agosto/05 ocorreu por erro de informação da PETROX;
- 3) Também o valor recolhido a menos no mês de outubro/05 não foi juntado prova suficiente.
- 4) Acataram o valor de R\$ 15.796,53 relativo a nota fiscal 1100 de devolução da SHELL no mês de dezembro/05, e não acataram o valor de R\$48.902,85 por entender que os documentos anexados a defesa não foram suficientes para comprovar o fato alegado.

Apresentaram novo demonstrativo de débito reduzido o valor de R\$

Created with

Pela análise dos elementos contidos no processo, passo a analisar os valores exigidos no mês:

Maio/05 - No demonstrativo à fl. 835 o autuante apurou valor devido do ICMS-ST de R\$1.398.099,63 e valor recolhido de R\$1.370.370,10 o que resultou na diferença exigida de R\$27.729,53. Por sua vez, no demonstrativo juntado com a defesa à fl. 2452 a empresa alegou que no mês de abril/05 apurou valor devido de R\$1.392.070,27 e recolheu valor de R\$1.419.799,71 o que implicou recolhimento a mais de R\$27.729,50. Já no mês de maio/05 apurou valor a recolher de R\$1.398.099,63 tendo deduzido do pagamento o valor recolhido a mais no mês anterior e recolhido o valor resultante de R\$1.370.370,10.

Pelo exposto, conforme ressaltado pelo autuante, de acordo com o disposto no art. 74 do RPAF/BA, a restituição de imposto em razão de recolhimento a mais ou indevido, depende de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10 do mesmo diploma legal, e só pode utilizar o valor a ser restituído após autorização da administração tributária. Portanto, nesta fase processual não pode ser acatado o argumento de que o valor recolhido a menos no mês de maio/05 refere-se a pagamento a mais no mês de abril/05, ficando mantido o valor exigido neste mês.

Agosto/05 – Na defesa o autuado alegou que o valor exigido de R\$ 114.465,13 refere-se a vendas da PETROX realizadas para outros Estados no mês de julho/05 (SE-R\$107.348,20; AL - R\$2.606,19 e Bahia/Ressarcimento – R\$5.218,87), o que foi contestado pelos autuantes dizendo que os documentos juntados com a defesa não prova o fato alegado.

Da análise dos elementos contidos no processo verifico que no demonstrativo à fl. 835 os autuantes apuraram o total do ICMS-ST retido escriturado no livro RAICMS, compensaram o ressarcimento e repasse para distribuidora para apurar o valor a recolher de R\$1.757.923,43 que comparado com o valor recolhido de R\$1.643.458,30 resultou no valor exigido de R\$ 114.465,13.

O autuado juntou demonstrativo à fl. 2452, no qual indicou o valor exigido como “deduções informadas fora do prazo”. Verifico que conforme Anexo III do Resumo das Operações Interestaduais com combustível derivado de Petróleo emitido pela PETROX, foi indicado valor do imposto repassado para o Estado de SERGIPE de R\$107.121,38 (fl. 2474) e R\$344,11 (fl. 2479) totalizando R\$107.348,20 e R\$2.606,19 para o Estado de ALAGOAS (fl. 2481), bem como valor a ser repassado pela refinaria de R\$3.851,16 (fl. 2484) e R\$1.367,71 (fl. 2487). Portanto, ao contrário do que foi afirmado pelos autuantes, a documentação juntada com a defesa emitida e assinada pela PETROX faz prova de que o montante dos valores repassados para outros Estados e a serem ressarcidos pela refinaria referente ao mês de julho/05 foram compensados no recolhimento efetuado pelo autuado no mês de agosto/05. Ressalto que os autuantes tiveram acesso aos documentos juntados com a defesa e em nenhum momento contestaram ter sido os valores apontados pela impugnante sido deduzidos no mês de julho. Assim sendo deve ser afastada a exigência relativa ao mês de agosto/05.

Outubro/05 – O autuado alegou que o valor de R\$ 22.014,33 a PETROX informou valor incorreto do imposto a ser repassado ao Estado de Minas Gerais no mês de julho/05, o que foi corrigido no mês de setembro/05. Os autuantes argumentaram que os documentos juntados ao processo não comprovam o fato alegado.

Constatou que conforme documentos juntados às fls. 2494 a 2496, a PETROX elaborou o Anexo V do mês de julho/05 informando imposto a ser repassado ao Estado de Minas Gerais no valor de R\$22.014,33, tendo sido protocolado o documento visado pelo responsável na Secretaria da Fazenda de Minas Gerais e Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia em 16/09/05 inclusive sido comunicado por meio do Ofício 550 endereçado a SEFAZ/MG (fl. 2496). Da mesma forma que apreciado anteriormente, os documentos juntados com a defesa constituem prova suficiente de que o valor ora exigido foi compensado no valor apurado relativo ao mês outubro de 2005 referente ao imposto que devia ser repassado ao Estado de Minas Gerais no mês de julho/05, devendo ser também afastada a sua exigência.

Dezembro/05 – Na defesa apresentada o autuado alegou que o valor de R\$ 64.700,40 corresponde a devolução da SHELL referente a nota fiscal 1100 que gerou o estorrr de R\$ 48.902,85, para o Estado de Sergipe em decorrência de vendas da

Na informação fiscal os autuantes acataram a comprovação relativo a devolução de R\$ 15.796,53 No tocante ao valor de R\$ 48.902,85, contestaram afirmando que não foi juntado prova suficiente ao processo.

Verifico que conforme documento à fl. 2506 a Braskem emitiu nota fiscal de entrada relativa à devolução de venda com ICMS destacado de R\$15.796,53. Logo, é correto o afastamento do valor exigido de R\$15.796,53 tendo em vista que com o desfazimento da operação de venda, o débito correspondente desta foi neutralizado com o crédito fiscal da devolução.

Quanto ao valor de R\$ 48.902,85, o recorrente alegou que em decorrência de erro de informação da Petróleo Ipiranga não foi informado o valor correto das deduções relativas ao Fundo de Pobreza, o que foi contestado pelos autuantes dizendo que os documentos juntados ao processo não faz prova do que foi alegado.

Constatou que conforme ressaltado pelos autuantes, no Anexo VI - Quadro 7, foi informado deduções de R\$ 1.005.683,07 (fl. 2511), relativo à Petróleo Ipiranga, já o documento à fl. 2507 o consta no Anexo III valor de R\$660.180,22 relativo a ICMS devido ao Estado de SERGIPE, o qual foi emitido pela Petróleo Ipiranga. Por sua vez o Anexo I emitido pela Petróleo Ipiranga à fl. 2517 indica valor do repasse para o Fundo de Pobreza de R\$48.902,85.

Pelo exposto, pela análise dos documentos juntados com a defesa não vislumbro qualquer comprovação de que o valor contido no Demonstrativo apresentado pela empresa Petróleo Ipiranga relativo ao Fundo de Pobreza devido ao Estado de Sergipe estejam correlacionados com os valores que deveriam ser deduzidos no ICMS-ST a ser recolhido ao Estado da Bahia (Anexo VI-fl. 2510). Dessa forma, deve ser mantida a exigência do valor de R\$48.902,85 relativo ao mês de dezembro/05. Infração procedente em parte, conforme resumo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base Cálculo	Aliq. %	Multa	Autuado	Devido
31/5/2005	9/6/2005	163.114,88	17,00	60	27.729,53	27.729,53
31/8/2005	9/9/2005	0,00	17,00	60	114.465,13	0,00
31/10/2005	9/11/2005	0,00	17,00	60	22.014,33	0,00
31/12/2005	9/1/2006	287.663,82	17,00	60	64.700,40	48.902,85
Total					228.909,39	76.632,38

No tocante às infrações 12 e 13, na defesa apresentada o autuado alegou inexistência de motivos para aplicação das multas de 10% e a 1% do valor comercial dos bens ou mercadorias que deram entrada no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal. Tendo exposto razões de:

- Cancelamento da multa nos termos do art. 42, § 7º, da Lei n.º 7.014/96 (art. 158 do RPAF/BA);
- Correção da aplicação de 10% (infração 12) para 1% (infração 13), de acordo com notas fiscais relacionadas que se tratam de operações não tributadas;

Na informação fiscal os autuantes contestaram a primeira alegação do pedido de cancelamento da multa afirmando que a falta de registro das notas fiscais causou prejuízo ao Erário Público além de dificultar o exercício das atividades de fiscalização.

Relativamente à segunda alegação, verifico que os autuantes refizeram o demonstrativo juntado às fls. 2577/2584 no qual fizeram exclusão das notas fiscais consignando operações com mercadorias não sujeitas à tributação e fizeram inclusão das mesmas no demonstrativo de operações não tributadas, relativas às notas fiscais anexadas nos autos pelo contribuinte o que resultou em alterações dos valores devidos das citadas infrações. Na manifestação acerca da informação fiscal o impugnante não contestou os valores e manteve o pedido de cancelamento das multas por motivos diversos.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa, não acato tendo em vista que a legislação determina a escrituração dos documentos fiscais em livros próprios para exercer o controle das operações mercantis praticadas pelos contribuintes. O não registro de notas fiscais de entrada dificulta o exercício da atividade de fiscalização, dis

estoques, fluxos de pagamentos e recebimentos que implica em redução do pagamento do imposto, ao contrário do que foi afirmado, causando prejuízo ao Estado.

Quanto ao não aproveitamento dos créditos do imposto, ressalto que o contribuinte pode fazer uso dos créditos consignados nas notas fiscais não registradas tempestivamente, mediante sua escrituração, caso haja previsão legal de direito do crédito. Ressalto que deve ser observado o prazo de prescrição e decadência e obedecendo as regras previstas no art. 101 do RICMS/BA.

Como às infrações 12 e 13 discriminam infração pelo não registro de notas fiscais relativas a mercadorias sujeitas à tributação e não tributável considero que a exclusão de notas fiscais na primeira e inclusão das mesmas notas fiscais na segunda não promoveu agravamento da infração, visto que o valor total exigido de R\$994.038,26 (R\$929.897,85 + R\$64.140,41) foi reduzido para R\$991.759,08 (R\$927.365,40 + R\$64.393,68).

Pelo exposto, acato o demonstrativo de débito refeito pelo autuante juntado à fl. 2576 e considero devidos os valores de R\$927.365,40 na infração 12 e R\$64.393,68 na infração 13. Infração procedente em parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.0001/08-5**, lavrado contra **BRASKEM S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.409.790,95**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.333.158,57 e 150% sobre R\$76.632,38, previstas no artigo 42, II, “f”, V, “a”, VII, “a”, “b”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além do pagamento de multas de 60% e 40% totalizando **R\$ 14.467,86**, previstas no art. 42, VI e VIII da mesma Lei mais multa por descumprimento de obrigações acessórias totalizando o valor de **R\$991.759,08**, previstas no art. 42, IX e XI da citada Lei, ambas com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

PAULO DANILo REIS LOPES – JULGADOR