

A. I. N° - 269139.0001/09-3
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTES - JOSÉ ELMANO TAVARES LINS e MARCO AURÉLIO PAUL CRUZ
ORIGEM - SAT / COPEC
INTERNET - 29.03.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0049-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. A empresa comprovou no processo que o valor exigido foi estornado no mesmo mês, o que resulta na improcedência da infração. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. c) UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE CUJAS PRESTAÇÕES TIVERAM INÍCIO EM OUTRAS UNIDADES FEDERATIVAS. d) UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO CUJAS PRESTAÇÕES TIVERAM INÍCIO EM OUTRAS UNIDADES FEDERATIVAS. Ilícitos tributários não impugnados. Infrações 02, 03, 04, 05, 06 e 12 mantidas. 3. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. "DRAWBACK". EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS EM QUANTIDADES INFERIORES ÀS ESTABELECIDAS EM ATO CONCESSÓRIO. O contribuinte logrou comprovar a exportação de todos os produtos resultantes da industrialização dos insumos importados. Infração descaracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multa de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Exclusão das notas fiscais lançadas no LRE (Livro Registro de Entradas), relativas a outros estabelecimentos, prestações de serviços não tributados pelo ICMS e operações não consumadas. Infrações 08 e 09 parcialmente elididas. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Retiradas do lançamento, na revisão fiscal, as operações com materiais que ensejam direito a crédito e que não se destinam ao uso e consumo. Infrações 10 e 11 parcialmente elididas. 7. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO

IMPOSTO. Ilícito tributário não impugnado. Infração mantida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Atendido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 09/11/2009 e exige ICMS, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$ 56.522.905,47, em razão de terem sido constatadas as irregularidades abaixo citadas.

- 1- Utilização indevida de crédito fiscal, sem a apresentação do respectivo documento comprovante do direito ao mesmo. Refere-se ao imposto incidente na importação lançado no Livro Registro de Entradas (LRE), conforme levantamento de fls. 77 a 79. Valor exigido de R\$ 26.541.443,16 e multa de 60%, prevista no art. 42, II “a” da Lei nº 7.014/96.
- 2- Recolhimento a menos do imposto, em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e os lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS (LRAICMS), conforme cópias reprográficas de fls. 80 a 94. Valor exigido de R\$ 6.342,75 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/96.
- 3- Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, conforme levantamentos de fls. 95 a 100. Valor exigido de R\$ 1.822,08 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 4- Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme levantamentos de fls. 95 a 100. Valor exigido de R\$ 13.138,56 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 5- Falta de recolhimento do tributo relativo à diferença de alíquotas 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, conforme levantamentos de fls. 95 a 100. Valor exigido de R\$ 3.646,40 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 6- Falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença de alíquotas na utilização de serviço de comunicação cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência, conforme levantamentos de fls. 95 a 100. Valor exigido de R\$ 436,90 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.
- 7- Falta de recolhimento do imposto devido na importação de mercadorias com *“isenção sob o Regime de Drawback na modalidade suspensão”*. Consta que o sujeito passivo exportou produtos em quantidade inferior ao compromisso assumido no Ato Concessório. Demonstrativos e documentos às fls. 104 a 118. Valor exigido de R\$ 769.950,32 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.
- 8- Entradas de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Foram colacionados aos autos ofícios enviados aos fornecedores do autuado (doc. 14 do Auto de Infração). Demonstrativos e documentos às fls. 119 a 162. Multa de 10%, no valor de R\$ 6.182.984,82, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.
- 9- Entradas de mercadorias não sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Juntados aos autos ofícios enviados aos fornecedores do contribuinte (doc. 14 do Auto de Infração). Demonstrativos e documentos às fls. 119 a 166. Multa de 1%, no valor de R\$ 909.533,95, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.
- 10- Utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de material destinado ao uso e consumo do estabelecimento. Demonstrativos e documentos às fls. 167 a 237. Valor exigido de R\$ 20.041.023,13 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

- 11- Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas destinadas ao consumo do estabelecimento. Demonstrativos e documentos às fls. 167 a 237. Valor exigido de R\$ 1.930.989,57 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F” da Lei nº 7.014/96.
- 12- Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas destinadas ao consumo do estabelecimento. Refere-se a diferenças entre a “Planilha BRASKEM” e o valor debitado no LRAICMS (Livro Registro de Apuração do ICMS), bem como a devoluções de material de consumo. Demonstrativos e documentos às fls. 238 a 288. Quantia lançada de R\$ 58.628,28 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F” da Lei nº 7.014/96.
- 13- Falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do tributo relativo às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Diz respeito a certificado de crédito, utilizado em pagamento de Auto de Infração, cujo valor não foi lançado no LRAICMS. Demonstrativos e documentos às fls. 289 a 304. Valor exigido de R\$ 62.965,55 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressa com peça de impugnação às fls. 956 a 1.009, por meio de advogada regularmente constituída, conforme instrumento de mandato e substabelecimento de fls. 1.017 e 1.018.

Após descrever as infrações imputadas, reconhece a procedência daquelas de números 02, 03, 04, 05, 06, 12 e 13.

Suscita preliminar, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, afirmando que o ICMS relativo às competências de janeiro a novembro de 2004 já se encontra definitivamente extinto, uma vez que se consumou a decadência do direito de a Fazenda Estadual lançar quaisquer diferenças pertinentes ao mencionado período. De acordo com o seu entendimento, a Lei Ordinária Estadual nº 3.956/1981 (Código Tributário do Estado da Bahia), em flagrante afronta à Lei Maior, dispôs sobre matéria reservada à lei complementar, tentando modificar o termo inicial do prazo decadencial fixado pelo CTN. Entretanto, foi pacífico o entendimento manifestado pela jurisprudência dos tribunais superiores pátrios para atestar que cabe ao CTN a fixação do prazo decadencial na seara tributária.

No mérito das infrações que não reconheceu como procedentes, aduz que as mesmas não merecem prosperar, por conceber que não encontram respaldo na legislação de regência da matéria.

No que tange à infração 01, afirma que adotou os procedimentos devidos relativos à utilização do crédito fiscal de “*ICMS – Importação*”, glosado pela fiscalização, tendo em vista ser decorrente do aproveitamento do imposto estadual regularmente recolhido, cujos pagamentos, por um lapso, não foram identificados pelos prepostos fiscais autuantes. Havendo a apresentação do competente documento comprobatório que gera direito ao referido crédito, não há que se falar em utilização indevida de crédito fiscal.

Pontua que, no exercício regular de suas atividades, realiza importações de mercadorias, notadamente nafta petroquímica e condensado, óleos brutos de petróleo, com os respectivos pagamentos do imposto devido, revestindo-se, portanto, da condição de contribuinte do “*ICMS – Importação*”.

Efetivado cada recolhimento, nasce, em seu favor, o direito de se creditar do montante pago, razão pela qual, quando do ingresso dos produtos importados em seu estabelecimento, emite nota fiscal de entrada para dar suporte ao mesmo, com destaque do imposto, e registra a nota em sua escrita fiscal, consignando o crédito na coluna denominada “*Imposto Creditado*”.

Afirma desconhecer as razões pelas quais a fiscalização não identificou os mencionados pagamentos (lapso próprio na apresentação dos comprovantes no curso da auditoria, ou da fiscalização em identificá-los, diante do grande volume de documentos apresentados).

Em relação à NF 3.719 (doc. 03 da defesa), por exemplo, emitida em 11/11/2004, o recolhimento do imposto estadual, no valor de R\$ 41.406,99, ocorreu em 09/11/2004, conforme afirma poder ser

constatado através de comprovante de pagamento colacionado aos autos (doc. 04). A escrituração dessa nota fiscal no livro Registro de Entradas, todavia, só ocorreu em 17/01/2005 (doc. 05), fato este que pode ter dificultado o trabalho de vincular o pagamento, efetuado em 09/11/2004, ao registro do crédito fiscal, dois meses após. Segundo alega, também nas importações relativas às notas fiscais 3.720, 3.721, 3.743, 3.061 e 3.747, recolheu o ICMS devido, emitiu as notas fiscais de entrada dos produtos importados com destaque do tributo e, posteriormente, registrou no livro Registro de Entradas (documentos 06 a 10).

Em relação às notas de números 4.172, 4.191 e 4.193 - que também constam do demonstrativo fiscal anexo à infração 01 - defende a total improcedência da alegação dos auditores, pois houve o estorno do valor correspondente ao crédito. Nas operações relativas, emitiu notas fiscais de entrada com destaque do ICMS incidente sobre as importações, procedeu à escrituração no livro Registro de Entradas, com os créditos destacados, e, no mesmo mês, efetuou o estorno dos mesmos no LRAICMS (Livro Registro de Apuração do ICMS). Desse modo, se houve o estorno dos créditos fiscais (doc. 12), não pode prosperar a glosa perpetrada pelos autuantes, uma vez que já foi feito o estorno no mesmo mês do registro dos créditos.

Com relação às notas de entrada supracitadas, parte do ICMS devido nas respectivas importações foi objeto de diferimento, com base no benefício do Programa de Incentivo Fiscal Bahiaplast. Portanto, já que esse Regime prevê o diferimento de parte do imposto, o pagamento foi efetuado em valor inferior ao lançado no documento fiscal de entrada.

Com vistas a ser contemplado com o citado benefício fiscal, em novembro de 2004, formulou pedido de Regime Especial, o qual lhe foi concedido (doc. 13), a fim de obter o diferimento do ICMS previsto no Regulamento do Bahiaplast desde a importação das mercadorias, em montante correspondente ao ICMS diferido no mês anterior sobre todas as saídas internas de sua unidade produtora de petroquímicos básicos destinados às indústrias de 2ª geração.

Requeru, ainda, que o diferimento sobre as saídas da sua unidade de 1ª geração para as indústrias de 2ª geração fosse calculado com base na proporção do ICMS, também diferido no mês anterior, nas saídas de petroquímicos intermediários das indústrias de 2ª geração para as de 3ª geração, beneficiárias do Bahiaplast.

Em suma, requereu o diferimento do ICMS nas importações, calculado com base nas saídas diferidas dos produtos resultantes da sua industrialização (petroquímicos básicos) para as indústrias de 2ª geração, as quais, por sua vez, também deveriam ser proporcionais às saídas de petroquímicos intermediários para as indústrias de 3ª geração.

No caso em tela, adotou a conduta de seguir as regras estabelecidas na legislação que regula o Programa Bahiaplast, pelo que efetuou o cálculo do ICMS a ser diferido em cada operação de importação, recolhendo, por conseguinte, apenas a parcela do imposto devido que não foi objeto do diferimento.

Entende que por este único motivo os documentos comprobatórios de recolhimento do ICMS relativo às notas fiscais em comento não foram localizados pelos autuantes, visto que foi efetuado em valor diverso do escriturado no Livro Registro de Entrada e estornado no Livro Registro de Apuração.

Por exemplo, a nota fiscal de entrada de n.º 4.172 (doc. 14) foi emitida em 13/10/2005, com destaque do ICMS incidente na operação de importação respectiva, no valor de R\$ 9.099.511,22, e escriturada no Livro Registro de Entradas com o crédito fiscal a ela correspondente, em 18/10/2005 (doc. 15). Após o registro do crédito do imposto, no valor de R\$ 9.099.511,22, houve a escrituração do estorno total no LRAICMS – 2005, no mesmo período em que foi escriturada a nota fiscal de entrada (outubro/2005, doc. 11), já que, de fato, não houve recolhimento do ICMS no valor de R\$ 9.099.511,22 para dar suporte à manutenção de tal direito na escrita fiscal.

Após estornar o crédito integralmente, procedeu ao cálculo do ICMS devido na operação de importação vinculada à nota fiscal 4.172, com o benefício do diferimento previsto no Programa

Bahiaplast (doc. 16), efetuando o recolhimento do imposto correspondente no dia 09 do mês seguinte, tal como manda a legislação do Regime que lhe foi concedido.

O cálculo resultou em um imposto a recolher no valor de R\$ 3.424.207,83, cujo pagamento foi efetuado em 09/11/2005, conforme comprovante anexado (doc. 17). Frisa que o recolhimento do tributo diferido foi realizado sob o código de receita 2094 – Contribuição ao FIES - por conta de um Termo de Acordo Social efetuado entre a sociedade empresária defendant e o Governo do Estado da Bahia (doc. 18).

Por fim, creditou-se do valor de R\$ 3.424.207,83 (que foi recolhido em 09/11/2005), em seu livro Registro de Apuração de ICMS – 2005, período novembro/2005 (doc. 19).

Similar foi o tratamento dado às operações chanceladas pelas notas fiscais de números 4.191 (doc. 20) e 4.193 (doc. 21), que, do mesmo modo, tiveram os créditos escriturados (docs. 22 e 23) e, posteriormente, estornados dos livros fiscais (doc. 12).

Por conta de as importações terem ocorrido no mesmo mês, qual seja, dezembro de 2005, os valores a serem pagos após o cômputo do diferimento foram recolhidos conjuntamente (doc. 24), com os abatimentos previstos na legislação, consoante memória de cálculo juntada (doc. 25).

Quanto à infração 07, manifesta o entendimento de que a única condição exigida para que o Regime de Drawback seja reputado atendido é a efetiva exportação do produto resultante da industrialização da mercadoria importada, observando-se, para tanto, as suas quantidades e especificações. Noutras palavras: atestada a exportação de determinada mercadoria (conforme compromisso assumido quando da concessão do Regime), não há que se falar em descumprimento do Drawback.

A infração de que é acusado, na sua concepção, não condiz com a verdade material, uma vez que cumpriu o compromisso de exportar as mercadorias, nas quantidades e especificações estabelecidas por meio dos Atos Concessórios números 2005/006250-6 e 2005/000570-7.

No que se refere ao Ato Concessório nº. 2005/006250-6, a fiscalização exige imposto no montante de R\$ 421.271,56, por entender que nenhum (a) dos (as) 3.000.000 kg [toneladas] de produtos importados foi exportado (a), devendo, portanto, a totalidade da carga de insumos ser nacionalizada.

Com efeito, para fazer jus ao incentivo fiscal de Drawback modalidade suspensão, foi emitido o citado Ato Concessório, através do qual lhe foi garantida a importação de metanol na quantidade de 3.000.000 kg [toneladas métricas] (fl. 1.469), a fim de que o produto fosse submetido à industrialização para posterior exportação.

Defende-se afirmado ter cumprido o compromisso assumido no Ato Concessório citado, ao realizar a exportação de toda quantidade produzida, conforme se verifica através do Diagnóstico de Baixa de Ato Concessório anexo (doc. 27) - que foi retirado do sítio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio - o qual contempla a informação de “*Situação Baixada*”, que indica que não há qualquer pendência de exportação da mercadoria anteriormente importada.

Se o próprio demonstrativo do Ato Concessório indica a operação como “*Baixada*”, pergunta: “*como pode o preposto fazendário afirmar que não houve a exportação da totalidade dos produtos importados?*”

Ressalta que o registro de “*Baixado*” comprova a exportação da totalidade da mercadoria importada, pois quando resta parte a ser exportada a situação indicada no Diagnóstico do Ato Concessório de Suspensão denomina-se “*Ativo*” ou “*Baixa Parcial*”.

Em relação ao Ato Concessório 2005/000570-7, as autoridades fiscais exigem ICMS no montante de R\$ 348.678,76, por entenderem que dos (as) 4.449.027 kg [toneladas] de produtos importados, apenas parte foi exportada, restando 2.543.953 kg [toneladas] de insumos a serem nacionalizados.

Entretanto, sublinha que a situação do citado Ato Concessório é idêntica à exposta anteriormente, não havendo motivos para se falar em exportação de produtos em quantidade inferior à dos produtos importados.

Para provar tal argumento, apresenta Diagnóstico de Ato Concessório, que também indica a situação como “Baixada” (doc. 28).

No tocante às infrações 08 e 09, alega a necessidade de revisão do lançamento fiscal, em face da inaplicabilidade das multas cominadas a diversas operações objeto da autuação.

Para calcular os valores exigidos, os prepostos fiscais tomaram como base apenas os dados constantes dos registros dos fornecedores no SINTEGRA, deixando, pois, de levar em consideração todos os demais documentos, como, por exemplo, cópia das notas fiscais, além de terem ignorado o fato de que os fornecedores podem ter incorrido em erro quando informaram os dados no SINTEGRA.

Segundo afirma, os demonstrativos que lastreiam a peça acusatória abarcam uma diversidade de notas: (i) regularmente escrituradas no Livro Registro de Entrada; (ii) registradas na escrita fiscal de estabelecimento da impugnante diverso do autuado; (iii) que não representam aquisições de mercadorias, mas sim prestações de serviços não tributados pelo ICMS.

A título ilustrativo, salienta o ocorrido com a nota nº 21.866, no valor de R\$ 48.254,82, que, como se pode ver do Registro de Entradas (doc. 31), foi devidamente consignada na escrita fiscal, tendo sido incluída na autuação, especificamente no “*Demonstrativo das notas fiscais de entradas não registradas pela Braskem no Livro Registro de Entrada*”.

Anexa planilha de “*notas fiscais devidamente registradas na escrita*” (doc. 30), bem como “*Relação de Notas Fiscais registradas na escrita de estabelecimento diverso do Autuado*” (doc. 32), colacionando cópia dos registros dos livros de Entrada dos estabelecimentos diversos do que foi autuado (doc. 33).

Em seguida, como exemplo, cita as notas de números 88.446 e 88.526, emitidas pela sociedade empresária Sansuy S/A Ind. de Plásticos (CNPJ nº 14.807.945/0001-24), que foram registradas na escrita fiscal de uma unidade da BRASKEM S/A diversa da autuada (CNPJ nº 42.150.391/0017-38), conforme LRE apresentado (doc. 34).

Prossegue argumentando que as notas listadas na planilha “*Relação de Notas Fiscais relativas às operações de Prestação de Serviços não tributados pelo ICMS*” (doc. 35) não se referem a entradas de mercadorias no estabelecimento, nem a serviços intermunicipais ou interestaduais de transporte ou serviços de comunicação, mas a serviços contratados que não são alcançados pela incidência do ICMS.

Os auditores, segundo alega, incluíram no levantamento realizado a nota fiscal nº 88.069 (doc. 37), que foi cancelada pelo próprio estabelecimento emitente antes do ingresso das mercadorias no estabelecimento da impugnante.

Através de sua filial localizada em Pontal da Barra, no Município de Maceió/AL, importou 27.742.399 toneladas de nafta, nos termos da “*Commercial Invoice HU-BRAS-043/2005*”, emitida pela empresa estrangeira Hunint Ltd. (doc. 36), cujo desembarço e nacionalização ocorreram no Porto de Suape, em Pernambuco.

Considerando que a maior parte da nafta importada seria utilizada pelo estabelecimento matriz, localizado nesse Estado, foi emitida a nota fiscal nº 88.069 (doc. 37), escriturada no livro Registro de Saídas (doc. 38), para acobertar a operação de transferência do produto entre os estabelecimentos.

Alega que, por questões comerciais e de logística, cancelou o processo relativo ao desembarço da mercadoria, com verificação a bordo, tendo sido emitida uma Declaração Complementar de Importação (DCI) para retificar a quantidade efetivamente descarregada – equivalente a 300 toneladas – tendo em vista que apenas este volume seria nacionalizado no Porto de Suape - PE, enquanto o saldo seguiria para ser nacionalizado no Porto de Aratu, na Bahia.

Como já havia emitido a nota fiscal de transferência nº 88.069, o estabelecimento situado em Pontal da Barra (Maceió/AL) emitiu a de nº 1.038 (doc. 39), regularmente escriturada, de acordo com o documento denominado “*Conferência das Entradas*” (doc. 40), por meio da qual anulou aquela de nº 88.069.

Assim, a nota fiscal nº 88.069, objeto da autuação, jamais poderia ter sido escriturada pelo autuado no seu LRE, já que a mesma não correspondeu a uma efetiva aquisição de mercadorias, tendo sido, em verdade, anulada pelo estabelecimento emitente.

Situação similar ocorreu com a NF nº 32.346-3. O citado documento foi emitido pela Petrobrás, contra a impugnante, em 11/07/2005, a fim de materializar a venda de nafta, no valor total de R\$ 3.865.022,18 (doc. 43). Ocorre, todavia, que, por razões operacionais, a nafta não chegou a ingressar no estabelecimento, motivo pelo qual o documento não foi devidamente escriturado (muito menos o crédito fiscal a que faria jus, ressalta). A operação foi cancelada através da emissão da Carta de Crédito de nº.º 90525013 (doc. 44) por parte da Petrobrás, em favor do sujeito passivo.

Por todo o exposto, entende que as infrações 08 e 09 devem ser julgadas improcedentes.

Para que o SINTEGRA seja utilizado de forma pertinente, conforme assevera, é imperioso que a fiscalização, pelo menos, analise com cuidado a natureza das notas fiscais emitidas pelos fornecedores, de vez que muitas delas podem não ser relativas a operações cujo registro no Livro de Entradas seja necessário, como é o caso das “*inúmeras notas fiscais de prestação de serviços*”, listadas no documento de nº. 35.

A ausência dos procedimentos adequados acaba por macular inteiramente a autuação, porquanto fundada em elementos insuficientes para a constatação do cometimento das infrações que se pretende imputar.

Em seguida, citando doutrina, decisões do CONSEF/BA e o art. 158 do RPAF/99, requer o cancelamento das multas concernentes às infrações 08 e 09, como forma de dar eficácia aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que a aplicação da sanção tributária deve sempre guardar um vínculo com o objetivo da sua imposição, posicionando-se de forma proporcional entre o montante da penalidade e o valor do tributo, bem como se atrelando ao grau de culpabilidade do agente.

Pontua que o Erário não sofreu qualquer prejuízo em razão da não escrituração de algumas aquisições nos seus livros de Registro de Entradas, já que, ao não fazê-lo, deixou de se creditar do imposto a que tem direito, nos termos do art. 93, I, “a”, do RICMS/BA, que autoriza o crédito fiscal referente às compras de insumos, produtos intermediários etc.

Com referência às infrações 10 e 11, argumenta que, no exercício das suas atividades, adquire diversos produtos, tais como ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro líquido, hipoclorito de sódio, spectrus, flogard, dianodic, continuum, dentre outros, todos indispensáveis ao seu processo produtivo, apropriando-se dos créditos fiscais correspondentes, tal como autorizado na legislação em vigor.

Os materiais cujos créditos foram glosados estão diretamente integrados ao processo produtivo, sendo a função por eles exercida indispensável ao regular funcionamento da unidade fabril, caracterizando-se, de acordo com a legislação, como matéria-prima ou produtos intermediários.

Passa a descrever as funções dos produtos objeto das autuações impugnadas.

O “*monoetenoglico*” é utilizado como um fluido de selagem das bombas empregadas no processo produtivo, com o objetivo de evitar vazamentos na corrente de processo, obstando-se, assim, danos à higiene ocupacional, bem como impactos ambientais.

O “*nitrogênio consumo*” é utilizado essencialmente como fluido de selagem em várias etapas do processo produtivo, sendo que sua aplicação tem como objetivo bloquear a entrada de oxigênio do meio ambiente nos equipamentos, impossibilitando, por conseguinte, a formação de uma atmosfera explosiva.

O “*tracerco*” é adicionado aos solventes comercializados, que tem como finalidade identificar o produto final. Diz-se, popularmente, que é uma espécie de “DNA” do solvente comercializado.

Descreve as funções dos produtos utilizados nas unidades de tratamento e resfriamento de água, a exemplo do sulfato de alumínio, cloro, ácido sulfúrico, carbonato de sódio “dianodic DN 2300”, “flogard MS 6209”, hipoclorito de sódio, “inhibitor AZ 8104”, “spectrus BD 1501”, “spectrus Tratamento de Água de Resfriamento” etc.

O “corante laranja automate 2XS” é utilizado como um aditivo ao combustível fabricado e comercializado. Considerando que a gasolina produzida é incolor, por questões comerciais, adiciona o item ao combustível, que será objeto de futura comercialização.

Quanto ao gás liquefeito de petróleo, “GLP GRANEL BRASILGÁS”, registra que em condições normais de operação, gases não úteis aos sistemas, pequenas perdas por escapes, bem como gases inflamáveis, nocivos à saúde humana e ao meio ambiente, são enviados a uma chaminé, situada na planta fabril, onde é realizada a combustão mediante emprego do GLP.

Especifica os materiais de limpeza química e aqueles utilizados com o objetivo de combater a corrosão, como o “EC-3013A”, “Kurizet L112 Sol Nitr Sódio 33”, “Mizuclean FAB Mod L-401”, “Continuum AEC 3105”, “Desengraxante Limpeza Química” e “Desgaseificador EC-9104”.

Pondera que, da análise do anexo fiscal denominado “DOC 06 – Demonstrativo do crédito indevido de ICMS por produto – materiais de uso e consumo – 2005”, pode ser constatado que os autuantes, além de terem glosado o crédito fiscal decorrente da aquisição dos produtos especificados acima, sustentaram, ainda, ter ocorrido a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativamente às aquisições de mercadorias classificadas como “produtos genéricos”.

Tendo identificado as notas fiscais correspondentes, constatou que estas, em verdade, referem-se às aquisições dos produtos ou serviços abaixo indicados e listados em anexa planilha (doc. 46), os quais foram registrados como “produtos genéricos”.

Descrição do Produto/Serviço	Valor (R\$)
Água Subterrânea	1.201.359,66
Telecomunicações	363.591,96
Tolueno	126.960,15
Outros	5.425,02
Total	1.697.336,79

Em decorrência de uma falha ocorrida no seu sistema de cadastro e registro de notas fiscais, atribuiu indevidamente aos produtos e serviços acima especificados o código 9999, correspondente aos produtos genéricos, induzindo a fiscalização a erro. Todavia, em que pese a ocorrência da falha acima apontada, tal erro, por si só, não tem o condão de afastar o direito creditório a que faz jus quanto da aquisição dos itens em referência, visto que os procedimentos adotados, relativamente às aquisições em comento, guardaram estreita pertinência com o quanto disposto na legislação.

A água subterrânea, ao ingressar nas plantas de desmineralização, passa por processos de clarificação, retirada de sais minerais, dentre outros, a fim de que seja obtida a água desmineralizada, uma das utilidades comercializadas no Pólo Petroquímico de Camaçari. Tal processo envolve a remoção dos sólidos dissolvidos da água por processo de troca iônica. Neste procedimento, a soda cáustica e o ácido sulfúrico são usados como produtos químicos. A corrente de água desmineralizada produzida também é usada na indústria para geração de vapor, outra utilidade da unidade de insumos básicos que é comercializada para empresas do Pólo.

O tolueno é um produto final comercializado em operações de venda à ordem, tendo os autuantes glosado o crédito relativo ao ICMS destacado nas notas fiscais de retorno simbólico em operações de venda à ordem, as quais foram emitidas pelo destinatário final das mercadorias.

Para elucidar a logística das operações triangulares relativas às operações em comento, anexa fluxograma à fl. 51 da peça de impugnação.

Conforme se infere do mencionado diagrama, assinala que, por um mero equívoco, debitou-se duas vezes do imposto incidente sobre uma única operação: 1º) quando emitiu, em nome do seu cliente, a nota fiscal de remessa simbólica e 2º) quando emitiu, em nome do destinatário final das mercadorias, a nota fiscal de remessa por conta e ordem de terceiros.

Noutro giro, o destinatário final dos produtos, por seu turno, teve, em seu favor, um duplo crédito fiscal, decorrente de uma única operação.

Assim foi que, objetivando anular o débito e o crédito indevidos, aquele suportado pela defendant e este experimentado pelo destinatário final, este último emitiu diversas notas fiscais de retorno de remessa por conta e ordem (doc. 48), com destaque do ICMS, as quais foram incluídas pelos autuantes no levantamento realizado.

No que tange às notas fiscais relativas à aquisição de serviços de telecomunicações, bem como em relação aos demais documentos concernentes à aquisição de produtos diversos, tratados como “Outros”, informa que está envidando esforços para localizar a documentação comprobatória do seu direito ao respectivo crédito fiscal, em função de que se compromete a juntá-la aos autos, tão logo localize.

Conclui requerendo o reconhecimento da decadência do direito do Estado de lançar créditos tributários referentes ao período compreendido entre janeiro e novembro de 2004; a procedência parcial do Auto de Infração, para que restem totalmente afastadas as exigências consubstanciadas em seus itens 01, 07, 08, 09, 10 e 11; a homologação dos valores eventualmente pagos, relativos às infrações 02, 03, 04, 05, 06, 12 e 13; ulterior juntada de documentos e diligência fiscal.

Os autuantes ingressam com informação fiscal às fls. 1.313 a 1.323. Após sintetizar as infrações e as argumentações defensivas, passam a expor as suas razões.

Acatam a impugnação concernente à infração 01, com exceção da nota fiscal número 4.172, no valor de R\$ 5.675.303,39, que não teve a documentação relativa às deduções do Programa Bahiaplast apresentada. O débito foi diminuído de R\$ 26.541.443,16 para R\$ 5.675.303,39.

Mantém a infração 07, por entenderem que a regularidade junto ao SISCOMEX não impede o fisco estadual de ter acesso aos documentos que comprovem a exportação das mercadorias importadas com o benefício do Drawback.

No que se refere às infrações 08 e 09, informam que deram procedimento às alterações no levantamento, de acordo com as informações prestadas pelo contribuinte em sua defesa, considerando as notas fiscais lançadas no LRE e no resumo de fl. 1.171. Retiraram, também, na alteração, as notas fiscais pertencentes a outros estabelecimentos e aquelas relativas a prestações de serviços não tributados pelo imposto estadual, bem como excluíram as notas fiscais 88.069 e 32.346.

Registraram discordância com o pedido de cancelamento das multas.

Os valores das infrações foram alterados: a de número 08 de R\$ 6.182.984,82 para R\$ 1.374.704,55; e a de número 09 de R\$ 909.533,95 para R\$ 860.796,42.

Quanto às infrações 10 e 11, no que tange ao monoetilenoglicol e ao nitrogênio consumo, descrevendo propriedades físico-químicas, aduzem que tais materiais não participam do ciclo produtivo e não entram em contato com matérias primas ou produtos, mas com equipamentos, razão pela qual reputam equivocado o argumento de defesa. Os materiais utilizados na limpeza química, no tratamento contra corrosão e no sistema de água de resfriamento, citados à fl. 1.321, também atuam sobre equipamentos, e por isso não aceitam os créditos lançados pelo contribuinte.

Com relação aos itens corante laranja automate 2XS, GLP granel BRASILGÁS, tracerco isoctano 30.000, tolueno 30.000 e xileno 30.000, aduzem que, por serem adicionados após o processo de industrialização, não geram direito a crédito fiscal.

Por outro lado, no que se refere aos produtos ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro, naclear 8170 e sulfato de alumínio (segundo parágrafo da fl. 1.321), acatam os créditos, por se mostrarem

indispensáveis ao processo industrial, por entrarem em contato com os produtos finais e por neles se agregarem ou se consumirem de imediato.

No tocante aos itens classificados como genéricos no ano de 2004 foi acatada a defesa, exceto para as notas fiscais cujas cópias não foram colacionadas, discriminadas à fl. 1.322. O autuado não anexou documentos relativos ao exercício de 2005, concernentes aos assim chamados “*produtos genéricos*”.

A infração 10 restou diminuída de R\$ 20.041.023,13 para R\$ 17.796.623,05, enquanto a infração 11 de R\$ 1.930.989,57 para R\$ 1.736.548,81.

O autuado apresenta manifestação às fls. 1.438 a 1.468.

No que tange às infrações parcialmente elididas e à mantida integralmente, afirma que os autuantes não conseguiram trazer aos autos quaisquer argumentos aptos a sustentá-las.

Reitera a preliminar de decadência e as alegações que entende demonstrarem a improcedência das autuações mantidas.

Com referência à infração 01, não obstante o entendimento dos autuantes quanto à nota 4.172, deve-se entender que não houve utilização indevida de crédito, porque, em relação a este documento fiscal, houve o estorno do crédito correspondente no LRAICMS (doc. 11 da impugnação). Após estornar o crédito, procedeu ao cálculo do tributo em conformidade com as normas do Programa Bahiaplast (doc. 16 da impugnação).

Relativamente à infração 07, colacionando documentos à manifestação, fls. 1.469 a 1.490, ratifica os argumentos de que exportou as mercadorias, inclusive em quantidades superiores às avençadas nos Atos Concessórios.

Repete o pedido de cancelamento das multas cominadas nas infrações 08 e 09.

Com relação às infrações 10 e 11, ressalta a essencialidade dos produtos cujos créditos fiscais foram estornados, esclarecendo suas respectivas funções no processo de produção.

Aponta contradições na informação fiscal relativa ao produto nitrogênio consumo, bem como colaciona Informe Técnico relativo aos itens DISPERSANTE SISTEMA RESFRIAMENTO e TRASAR 73202 (fls. 1.491 a 1.493).

Apresenta, às fls. 1.494 a 1.501, cópias das notas fiscais de 2004, que serviram de base para manter parte da autuação neste exercício, em razão de não estarem presentes nos autos quando da informação fiscal (fl. 1.322).

No que se refere aos documentos fiscais concernentes ao exercício de 2005, ressalta que os mesmos, tal como em relação ao ano de 2004, referem-se às aquisições dos produtos designados na fl. 1.467, detalhados à fl. 1.502, cujas cópias encontram-se às fls. 1.503 a 1.518.

Reitera todos os pedidos da impugnação.

Na pauta suplementar de 08 de julho de 2010, a 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal - decidiu converter o feito em diligência para os autuantes e para a repartição de origem, de acordo com os termos abaixo expendidos.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 09/11/2009 e exige ICMS, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, em razão de terem sido constatadas 13 (treze) infrações.

Na informação fiscal, os autuantes sustentam a infração 07, por entenderem que não houve apresentação de comprovantes de exportação e que a regularidade junto ao SISCOMEX não impede o fisco estadual ter acesso aos documentos que comprovem a exportação das mercadorias importadas com o benefício do Drawback. As autoridades fiscais tomaram por base para o lançamento os documentos de fls. 105 a 118.

Quanto a esta infração, colacionando documentos à manifestação sobre a informação fiscal, fls. 1.469 a 1.490, o autuado ratifica os argumentos de que exportou as mercadorias, inclusive em quantidades superiores às avençadas nos Atos Concessórios.

Relativamente às infrações 10 e 11, os autuantes acataram as razões defensivas concernentes aos insumos utilizados na unidade de tratamento de água (fl. 1.321), por se mostrarem indispensáveis ao processo industrial, entrarem em contato com os produtos finais e neles se agregarem ou se consumirem de imediato.

No tocante aos produtos classificados como genéricos, apenas no ano de 2004 foi acatada a defesa, exceto para as notas fiscais cujas cópias não foram colacionadas antes da informação fiscal, discriminadas à fl. 1.322. O autuado, até a juntada da informação, não anexou documentos relativos ao exercício de 2005, concernentes aos assim chamados “produtos genéricos”.

Entretanto, às fls. 1.494 a 1.501, o contribuinte juntou cópias das notas fiscais de 2004 que serviram de base para manter parte da autuação neste exercício, em razão de não estarem presentes nos autos quando da informação fiscal (fl. 1.322).

No que se refere aos documentos fiscais concernentes ao exercício de 2005, ressaltou que os mesmos, tal como em relação ao ano de 2004, referem-se às aquisições dos produtos designados na fl. 1.467, detalhados à fl. 1.502, cujas cópias colacionou às fls. 1.503 a 1.518, após a informação fiscal.

Ante o exposto, em face do princípio do contraditório, a 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal -, decidiu converter o PAF em diligência, para que os autuantes tomem conhecimento dos novos documentos colacionados e prestem informação fiscal, juntando demonstrativos de todas as infrações mantidas.

Cumprido o quanto solicitado, deve ser dada ciência ao sujeito passivo, para que, querendo, se manifeste no prazo de 10 (dez) dias.

Caso o contribuinte colacione novos documentos, os autos devem ser encaminhados para os autuantes.

Os autuantes ingressam com informação fiscal às fls. 1.524 a 1.535, refutando a preliminar de decadência e, no mérito, aduzindo as seguintes razões.

Aseveram que às fls. 51 e 52 está a 5ª intimação para o contribuinte apresentar a documentação relativa ao pagamento do imposto da NF 4.172. Em sua defesa (fls. 969 a 974) a sociedade empresária informa que a diferença entre o valor do ICMS recolhido e o lançado na citada nota fiscal ocorre em função do diferimento previsto no Bahiaplast. Para que tal argumentação seja acatada, o fiscalizado tem o dever de informar e disponibilizar documentos para que o auditor possa exercer com segurança a sua função. Nas suas palavras, “o valor do incentivo Bahiaplast, comparando-se o ICMS da nota fiscal 4.172 e o ICMS recolhido é de R\$ 5.675.303,39 (fl. 1.113), que é o valor remanescente da infração 01”. Mais uma vez, o contribuinte não apresentou a documentação necessária para efetuar os cálculos da redução relativa ao imposto recolhido da NF 4.172.

A importação de mercadorias documentada na indigitada nota fiscal (fl. 1.103) gerou ICMS de R\$ 9.099.511,22, conforme demonstrativos de fls. 78 e 1.103. O autuado não juntou comprovantes do alegado pagamento de R\$ 3.424.207,83 (contribuição ao FIES, código 2094). Portanto, a diferença entre R\$ 9.099.511,22 e R\$ 3.424.207,83 resulta em R\$ 5.675.303,39, que é o montante do débito remanescente neste item.

Com relação à escrituração da NF 4172, conforme explicitado no levantamento de fl. 78, o crédito de R\$ 9.099.511,22 foi escriturado em outubro e estornado no mesmo mês, sendo novamente registrado em novembro, na quantia de R\$ 3.424.207,83, que corresponde ao DAE pago.

No tocante ao enquadramento da infração 01, que se refere à utilização indevida de crédito, decorre de o impugnante costumeiramente utilizar certificados de créditos para redução do tributo devido nas importações, além das deduções do incentivo do Programa Bahiaplast. Com o esclarecimento de que a dedução não foi originada de certificado de crédito, fica a acusação da infração 01 alterada para pagamento a menor do ICMS, com o valor devido de R\$ 5.675.303,39.

Ao comentar a infração 07, afirmam que o sujeito passivo apresentou documentação – às fls. 1.469 a 1.490 – comprovando a exportação dos produtos cujas matérias-primas haviam sido adquiridas sob o regime de draw-back. Portanto, com a comprovação das exportações, a acusação resta insubsistente.

Transcrevendo o art. 93, I, “b” e seu § 1º, RICMS/97 (fl. 1.529), relativamente às infrações 10 e 11 e aos produtos monoetenoglicol, nitrogênio consumo, tracerco, corante, GLP, spectrus, flogard, dianodic, continuum e hipoclorito de sódio, argumentam que os mesmos deveriam se enquadrar nesses dispositivos regulamentares para que ensejassem direito a crédito (estarem vinculados ao processo produtivo, serem consumidos no mesmo ou integrados ao produto final na condição de elemento indispensável ou necessário e, por fim, serem as operações subsequentes tributadas).

Entendem que os referidos materiais não atendem aos requisitos da legislação, pois, por exemplo, conforme laudo técnico anexado pelo impugnante, o monoetilenoglicol é usado como fluido de selagem de bombas (fl. 1.530) e é um contaminante do produto acabado que precisa ser removido; o nitrogênio consumo é um gás inerte utilizado para purga de hidrocarbonetos e para aquecer ou selar equipamentos em diversas fases do processo produtivo, com o fim de evitar a entrada de oxigênio (fl. 1.531); o tracerco é adicionado aos produtos destinados à venda, após a conclusão da industrialização, portanto configura “*gasto classificado como despesa*”, não como custo de fabricação (fls. 1.531/1.532); os itens dianodic, flogard, hipoclorito de sódio, inibidor e spectrus são usados nos sistemas de resfriamento de água para evitar corrosão; o GLP funciona na queima de gases nocivos, no “*flare*” e, encerrando, citam os produtos EC-3013A, Kurizet L112 Sol. Nitr. Sódio 33, mizuclean e continuum AEC 3105, que servem para limpeza química dos equipamentos nas paradas de produção.

O contribuinte identificou a nomenclatura dos produtos que constaram do arquivo SINTEGRA com a descrição de “PRODUTOS GENÉRICOS”. Em 2004 foi excluído – nas duas infrações - o imposto relativo às notas fiscais 228.276 e 487.853 (cuja descrição e fotocópia não se fez presente, fl. 1.533), com exceção daquele referente à NF 599.

Idêntica exclusão foi efetuada – para o exercício de 2005 – no que se refere aos produtos etileno e água subterrânea (fl. 1.534).

Assim, a infração 10 foi modificada de R\$ 20.041.023,13 para R\$ 16.960.236,88, e a 11 de R\$ 1.930.989,57 para R\$ 1.711.930,10.

Nova diligência foi solicitada, desta feita para a SAT / COPEC, com o fim de que o sujeito passivo tomasse conhecimento da revisão fiscal e, querendo, se manifestasse (fl. 1.570).

Devidamente intimado (fls. 1.572/1.573), o autuado se manifesta às fls. 1.575 a 1.592.

Inicialmente, repete o pleito de declaração da decadência (relativa ao período de janeiro a novembro de 2004), descreve as infrações que lhe foram imputadas, destacando aquelas que acatou e as que impugnou, bem como registrando o pedido de cancelamento das multas das infrações 08 e 09, a teor dos arts. 42, § 7º, Lei nº 7.014/96 c/c 158, RPAF/99.

Apesar de os autuantes terem afastado a acusação relativa à infração 07, insurge-se contra a omissão concernente às infrações 08 e 09, a manutenção quase total das infrações 10 e 11 e a completa inovação da infração 01, o que denominou “*nova roupagem*”, pois não há como se admitir a transmutação do lançamento consubstanciado na autuação fiscal sem a presença de novo lançamento tributário.

À fl. 1.586, volta a explicar os fatos e a tributação referente à NF 4.172 e – em seguida – com relação à primeira infração, mais uma vez pondera que não é possível alterar critérios de lançamento tributário em sede de diligência fiscal. Destaca que foram exatamente especificadas as providências pretendidas, não cabendo, portanto, ao diligente, inovar, extrapolar “*susas funções de esclarecedor*”, muito menos modificar escancaradamente os aspectos do crédito tributário, sem atender aos requisitos essenciais do lançamento.

Quanto às infrações 10 e 11, a despeito dos seus argumentos, os auditores fiscais retiraram do lançamento apenas os valores referentes a “*produtos genéricos*”, encontrando-se assim em flagrante equívoco, visto que os outros materiais em discussão geram direito a crédito.

Pontuando que no Informe Técnico anteriormente juntado foi esclarecida a função do produto “*Trasar 73202*”, reitera as razões defensivas do direito ao crédito, por entender que os prepostos fiscais não trouxeram aos autos quaisquer argumentos aptos a sustentar as glosas (fls. 1.591 a 1.596).

Conclui repetindo os pedidos da peça de defesa.

Em nova informação fiscal, de fls. 1.601 a 1.609, os autuantes repetem os exatos termos da anterior.

VOTO

Em rebate às acusações registradas nas infrações 08 e 09, o autuado afirmou que a ausência dos procedimentos adequados acaba por macular inteiramente a autuação, porquanto fundada em elementos insuficientes para a constatação do cometimento das infrações que se pretende imputar.

Por isso, importa consignar que os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveram as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e livros fiscais, demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o fundamento jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas, na conversão do processo em diligência e respectivas manifestações.

Portanto, no que tange às mencionadas infrações, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada direta ou indiretamente pelo impugnante.

Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Em que pese o fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer prazos menores do que o do art. 150, § 4º do CTN, é oportuno ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A alegada inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 3.956/1981 (COTEB) não pode ser apreciada por este órgão administrativo de julgamento, tendo-se em vista o comando do art. 167, I do RPAF/99.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

As infrações 02, 03, 04, 05, 06, 12 e 13 não foram impugnadas, consequentemente, ficam mantidas.

O pleito de diligência com revisão fiscal foi atendido e não restam obscuridades ou dúvidas que explicitem a necessidade de outros esclarecimentos técnicos, encontrando-se o PAF, a esta altura do procedimento, devidamente instruído para julgamento.

No tocante ao pedido de cancelamento das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias estabelecidas nas infrações 08 e 09, é impossível asseverar, de forma inequívoca, que se fazem presentes os requisitos do art. 158 do RPAF/99, quais sejam, a inexistência de dolo, fraude ou simulação, bem como o fato de os ilícitos não terem implicado em falta de recolhimento do tributo. Principalmente tendo ocorrido omissão de entradas, em função de que o RICMS/BA presume a omissão de saídas, motivo pelo qual não acolho o pleito.

Os autuantes acataram a impugnação concernente à infração 01 (utilização indevida de crédito fiscal, sem a apresentação do respectivo documento comprovante do direito ao mesmo, referente ao imposto incidente na importação), com exceção da nota de número 4.172, no valor de R\$ 5.675.303,39, que, segundo as autoridades fiscais, não teve a documentação relativa às deduções

do Programa Bahiaplast apresentada em conjunto com a peça de defesa.

Afirmam os auditores que o fiscalizado tem o dever de informar e disponibilizar documentos para que possam exercer com segurança as suas funções. Nos seus dizeres, “*o valor do incentivo Bahiaplast, comparando-se o ICMS da nota fiscal 4.172 e o ICMS recolhido é de R\$ 5.675.303,39 (fl. 1.113), que é o valor remanescente da infração 01*”.

A importação de mercadorias documentada na indigitada nota fiscal (fl. 1.103) gerou ICMS de R\$ 9.099.511,22, conforme demonstrativos de fls. 78 e 1.103.

A nota fiscal número 4.172 (fl. 1.103) foi emitida em 13/10/2005, com destaque do ICMS incidente na operação de importação respectiva, no valor de R\$ 9.099.511,22, e escriturada no livro Registro de Entradas com o crédito fiscal a ela correspondente, em 18/10/2005 (fl. 1.112). Após o registro do crédito do imposto, no valor de R\$ 9.099.511,22, houve a escrituração do estorno total no LRAICMS – 2005, no mesmo período em que foi escriturada a nota fiscal de entrada (outubro/2005, fl. 1.087).

Houve uma inversão no que se refere à capitulação do ilícito tributário relativo à infração 01, que primeiramente foi definida como utilização indevida de crédito e, na manifestação fiscal, foi modificada para pagamento a menor do ICMS, com o valor devido de R\$ 5.675.303,39, visto que os autuantes identificaram pagamento através de documento de arrecadação estadual na quantia de R\$ 3.424.207,83. Tal fato enseja a nulidade do procedimento.

Por vislumbrar a improcedência, permito-me avançar no mérito. A empresa comprovou no processo que o valor exigido foi estornado no mesmo mês, o que caracteriza a improcedência da infração 01.

No mérito, quanto à infração 07 (falta de recolhimento do imposto devido na importação de mercadorias com “isenção sob o Regime de Drawback na modalidade suspensão”), entenderam inicialmente os autuantes que o autuado não comprovou as exportações e que a regularidade junto ao SISCOMEX não impede o fisco estadual de ter acesso aos documentos que comprovem a exportação das mercadorias importadas com o benefício do Drawback. As autoridades fiscais tomaram por base para o lançamento os documentos de fls. 105 a 118.

Entretanto, às fls. 1.144 e 1.145, o sujeito passivo colacionou documentos – acatados pelas autoridades fiscais após a solicitação de diligência - extraídos do sítio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que informa a “baixa” dos Atos Concessórios 2005/006250-6 e 2005/000570-7. Juntou, também, comprovantes de exportação relativos aos sobreditos Atos Concessórios, às fls. 1.477, 1.478 e 1.487 a 1.490.

Assiste razão ao autuante e ao autuado, pois, os documentos apresentados pelo contribuinte (em especial os de fls. 1.144 e 1.145) mostram-se suficientes para afastar a acusação fiscal em comento.

Infração 07 descaracterizada.

No que tange às infrações 08 e 09 (entradas de mercadorias – sujeitas e não sujeitas à tributação - sem o devido registro na escrita fiscal), os autuantes, antes da diligência, procederam às alterações no levantamento, de acordo com as informações prestadas pelo contribuinte em sua defesa, considerando as notas fiscais lançadas no LRE e no resumo de fl. 1.171. Excluíram, também, na alteração, os documentos relativos a outros estabelecimentos e os referentes a prestações de serviços não tributados pelo ICMS. Igualmente, retiraram as notas fiscais 88.069 e 32.346, cujas aquisições não se consumaram, conforme aduziu o impugnante.

Acato o levantamento de fl. 1.325, elaborado pelos autuantes, de modo que a infração 08 reste diminuída, de R\$ 6.182.984,82 para R\$ 1.374.704,55; assim como a de número 09, de R\$ 909.533,95 para R\$ 860.796,42.

Infrações 08 e 09 parcialmente elididas.

Relativamente às infrações 10 e 11 (utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de material destinado ao uso e consumo; e falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas),

os autuantes inicialmente acataram as razões defensivas concernentes aos produtos ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro, nalclear 8170 e sulfato de alumínio (segundo parágrafo da fl. 1.321), por se mostrarem, no entender dos auditores, indispensáveis ao processo industrial, entrarem em contato com os produtos finais e neles se agregarem ou se consumirem de imediato.

No tocante aos produtos classificados como genéricos no ano de 2004 foi acatada a defesa, exceto para as notas fiscais cujas cópias não foram colacionadas antes da informação fiscal, discriminadas à fl. 1.322. O autuado, até a juntada da informação, não anexou documentos relativos ao exercício de 2005, concernentes aos assim chamados “produtos genéricos”.

Entretanto, às fls. 1.494 a 1.501, o contribuinte colacionou cópias das notas fiscais de 2004, que serviram de base para manter parte da autuação neste exercício, em razão de não estarem presentes nos autos quando da informação fiscal (fl. 1.322).

No que se refere aos documentos fiscais concernentes ao exercício de 2005, ressaltou que os mesmos, tal como em relação ao ano de 2004, referem-se às aquisições dos produtos designados na fl. 1.467, detalhados à fl. 1.502, cujas cópias apresentou às fls. 1.503 a 1.518, posteriormente à informação fiscal.

Após a solicitação de diligência, os autuantes, transcrevendo o art. 93, I, “b” e seu § 1º, RICMS/97 (fl. 1.529), relativamente às infrações 10 e 11 e aos produtos monoetilenoglicol, nitrogênio consumo, tracerco, corante, GLP, spectrus, flogard, dianodic, continuum e hipoclorito de sódio, argumentam que os mesmos deveriam se enquadrar nesses dispositivos regulamentares para que ensejassem direito a crédito (estarem vinculados ao processo produtivo, serem consumidos no mesmo ou integrados ao produto final na condição de elemento indispensável ou necessário e, por fim, serem as operações subseqüentes tributadas).

Assiste razão aos auditores fiscais autuantes, pois os referidos materiais não preenchem os requisitos da legislação. Conforme laudo técnico anexado pelo impugnante, o monoetilenoglicol é usado como fluido de selagem de bombas (fl. 1.530) e é um contaminante do produto acabado que precisa ser removido; o nitrogênio consumo é um gás inerte utilizado para purga de hidrocarbonetos e para aquecer ou selar equipamentos em diversas fases do processo produtivo, com o fim de evitar a entrada de oxigênio (fl. 1.531); o tracerco é adicionado aos produtos destinados à venda, após a conclusão da industrialização, (fls. 1.531/1.532); os itens dianodic, flogard, hipoclorito de sódio, inibidor e spectrus são usados nos sistemas de resfriamento de água para evitar corrosão; o GLP funciona na queima de gases nocivos, no “flare”; e os produtos EC-3013A, Kurizet L112 Sol. Nitr. Sódio 33, mizuclean e continuum AEC 3105 servem para limpeza química dos equipamentos nas paradas de produção.

Quanto aos itens DISPERSANTE SISTEMA RESFRIAMENTO e TRASAR 73202 (fls. 1.492 a 1.493), o primeiro funciona como dispersante no tratamento da água das torres de resfriamento, enquanto o segundo é dispersante inorgânico, também utilizado no tratamento da água de resfriamento, portanto à margem dos requisitos estabelecidos no art. 93, I, “b”, § 1º, RICMS/97.

No terceiro tópico da fl. 1.321, os autuantes concluíram que os insumos utilizados no sistema de água de resfriamento, para efeito de evitar corrosão nos equipamentos, não ensejam crédito fiscal de ICMS. De fato, nos termos do Laudo Técnico de fls. 1.492 e 1.493, o sistema de resfriamento de água tem a função de gerar menores temperaturas para as correntes intermediárias do processo, deixando-as, desse modo, em condições de serem processadas até a sua transformação em produto final. O método consiste em transferência de calor de um fluido mais quente (corrente de processo) para outro mais frio (água de resfriamento) por intermédio do contato entre ambos. A água que resfria as correntes – ao se aquecer – permite que os seus sais se tornem insolúveis e, junto com microorganismos, se depositem nas paredes dos trocadores de calor, o que pode danificá-los através da corrosão e ocasionar a parada da planta. Para evitar isso é que são usados os produtos DISPERSANTE SISTEMA RESFRIAMENTO e TRASAR 73202. Portanto, tais materiais, apesar de importantes, desempenham um papel secundário na industrialização, não sendo

possível afirmar que se caracterizam como matérias-primas, produtos intermediários, essenciais, ou integrados ao produto final na condição de indispensáveis. O combate ao depósito de sais e microorganismos, bem como à corrosão, pode ser levado a efeito por outros meios que não sejam o uso de DISPERSANTE SISTEMA RESFRIAMENTO e TRASAR 73202. Concluo que não fazem parte do processo de produção, por serem inseridos em uma corrente secundária (água de resfriamento), que não é parte da industrialização propriamente dita, com a função tão somente de prevenir danos aos equipamentos da planta.

O corante laranja, utilizado para dar coloração à gasolina já produzida, é utilizado exatamente com o intuito de diferenciar esse combustível de outros, na fase pós-produção, pelo que também não se enquadra na norma do art. 93, I, “b”, § 1º, RICMS/97.

O contribuinte identificou a nomenclatura dos produtos que constaram do arquivo SINTEGRA com a descrição de “PRODUTOS GENÉRICOS”. Em 2004 foi excluído – nas duas infrações - o imposto relativo às notas fiscais 228.276 e 487.853 (cuja descrição e fotocópia não se fez presente, fl. 1.533), com exceção daquele referente à NF 599.

Idêntica exclusão foi efetuada – para o exercício de 2005 – no que se refere aos produtos etileno e água subterrânea (fl. 1.534).

Assim, a infração 10 foi modificada de R\$ 20.041.023,13 para R\$ 16.960.236,88, e a 11 de R\$ 1.930.989,57 para R\$ 1.711.930,10 (levantamentos de fl. 1.537).

Acato os levantamentos de fl. 1.537, elaborados pelos autuantes, de maneira que a infração 10 fique reduzida de R\$ 20.041.023,13 para R\$ 16.960.236,88, e a 11 de R\$ 1.930.989,57 para R\$ 1.711.930,10.

Infrações 10 e 11 parcialmente elididas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 21.054.648,53.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269139.0001/09-3, lavrado contra BRASKEM S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.819.147,50**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 18.756.181,95 e de 70% sobre R\$ 62.965,55, previstas no art. 42, II “b” e “f” e VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais e das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 2.235.500,97**, previstas no art. 42, IX e XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR