

A. I. N° - 299904.0002/07-9
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTE - JOSÉ ELMANO TAVARES LINS e TÂNIA MARIA SANTOS DOS REIS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 06/06/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0099-03/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE CONSUMO.

Infração não impugnada. **b)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE.

Autuado não contestou. **c)** DOCUMENTOS INIDÔNEOS.

EMITENTE EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR.

Infração elidida, de acordo com as comprovações apresentadas pelo defendant. **d)** FALTA DE ESTORNO.

OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO.

É devido o estorno de crédito proporcional à saída com redução da base de cálculo, por força da norma constante da legislação.

Infração subsistente. **e)** TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO FISCAL DE OUTRO CONTRIBUINTE.

ERRO NA ESCRITURAÇÃO FISCAL.

Infração não impugnada. **f)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL.

Infração comprovada. **g)** SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO.

SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO.

Infração não impugnada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA.

AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO E BENS PARA O ATIVO.

EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.

É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao ativo e ao uso ou consumo do estabelecimento.

Infração caracterizada.

Mantida a exigência fiscal.

3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

a) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO.

Infração comprovada. **b)** FALTA DE RETENÇÃO.

Infração não impugnada.

4. ZONA FRANCA.

FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SURAMA.

EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.

Infração elidida parcialmente, tendo sido comprovado o internamento somente em relação a uma nota fiscal.

5. DOCUMENTOS FISCAIS.

NOTAS FISCAIS.

FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS.

a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO.

b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.

Descumprimento de obrigação acessória.

Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas, e 1% sobre o valor comercial daquelas que não estão sujeitas a tributação.

Refeitos os cálculos, calculando-se a multa de 1% sobre as operações não tributáveis, comprovadas pelo autuado, mantendo quanto às demais operações tributáveis, a multa de 10%.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.**

Decisão unânime, exceto quanto às infrações 09 e 15.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/12/2007, refere-se à exigência de R\$5.643.404,76 de ICMS, acrescido das multas de 60%, 100% e 150%, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$5.093.462,75, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de setembro e novembro de 2003, conforme Demonstrativo Anexo A. Valor do débito: R\$893,16.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de setembro e novembro de 2003, conforme Demonstrativo Anexo B. Valor do débito: R\$58.077,17.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de CTRC em duplicidade, no mês de junho de 2003, conforme Demonstrativo Anexo C. Valor do débito: R\$6,57.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos correspondentes ao transportador Fulmar Transportes de Químicos e Gases Ltda., inabilitado desde 01/06/2003, conforme demonstrativo Anexo D. Meses de junho e julho de 2003. Valor do débito: R\$68.644,42.

Infração 05: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de julho, agosto, outubro de 2002; janeiro, março, julho, agosto, setembro e dezembro de 2003, conforme Demonstrativo Anexo E. Valor do débito: R\$17.264,49.

Infração 06: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março abril, julho agosto e setembro de 2002; janeiro a dezembro de 2003, conforme Demonstrativo Anexo F. Valor do débito: R\$84.303,31.

Infração 07: Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro, março, junho julho, novembro e dezembro de 2002; março de 2003, conforme Demonstrativo Anexo G. Valor do débito: R\$70.977,66.

Infração 08: Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado, no mês 08/2003, Nota Fiscal 224222, de 02/08/2003, conforme Demonstrativo Anexo H. Valor do débito: R\$2.316,37.

Infração 09: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Saídas de GLP nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e de janeiro a dezembro de 2003, conforme Demonstrativo Anexo I. Valor do débito: R\$1.812.751,98.

Infração 10: Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, nos meses de abril e agosto de 2002, conforme Demonstrativo Anexo J. Valor do débito: R\$13.693,43.

Infração 11: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente às notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT, nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e de janeiro a agosto, novembro e dezembro de 2003, conforme Demonstrativo Anexo K. Exigida multa no valor total de R\$176.665,41.

Infração 12: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, referente às notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT, nos meses de janeiro a maio, julho, agosto, setembro e novembro de 2002; janeiro, março, abril, junho de 2003, conforme Demonstrativo Anexo L. Multa de 1% do valor das mercadorias, no valor total de R\$11.044,15.

Infração 13: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme circularização efetuada, nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e janeiro a dezembro de 2003, conforme Anexo M. Multa de 10% do valor das mercadorias, no valor total de R\$4.664.850,50.

Infração 14: Utilização indevida de crédito fiscal transferido de terceiro para pagamento de Auto de Infração, por erro na escrituração fiscal do RAICMS, no mês 08/2003, conforme cópias do mencionado livro e documentos fiscais acostados aos autos. Valor do débito: R\$3.120.977,78.

Infração 15: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Créditos de ativo imobilizado, 1/48, no período de janeiro de 2002 a outubro de 2007, conforme Demonstrativo Anexo N. Valor do débito: R\$19.394,22.

Infração 16: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a mais nos documentos fiscais, decorrente de erro na aplicação da alíquota, nos meses de março, agosto e novembro de 2002. Total do débito: R\$2.799,42.

Infração 17: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de serviço de comunicação em proporção superior às saídas ou prestações destinadas ao exterior, nos meses de fevereiro a dezembro de 2003, conforme Anexo N. Valor do débito: R\$371.304,78.

Infração 18: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, de acordo com o registro fiscal de fornecedores (arquivo SINTEGRA), nos meses de janeiro a dezembro de 2002, conforme Anexo P. Exigida multa no valor total de R\$240.902,69.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo às fls. 766/767, apresentou impugnação (fls. 685 a 754), informando que reconhece a procedência parcial da autuação fiscal, no que tange aos itens 01, 02, 03, 08, 14, 17 e parte dos itens 05, 06 e 07, requerendo a juntada de pedido de emissão de Certificado de Crédito, protocolizado em 02/01/2008 para quitação do imposto exigido nas mencionadas infrações. O defensor entende que não pode subsistir a cobrança dos créditos tributários cujos fatos geradores ocorrerem no período compreendido entre janeiro e novembro de 2002, por já se encontrarem extintos pelo decurso do prazo decadencial (item 16 e parte dos itens 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15 e 18). Comenta sobre a decadência do direito de o Fisco Estadual constituir o crédito tributário relativo aos meses de janeiro a novembro de 2002, citando os arts. 150, § 4º e 156, VII, do CTN, argumentando que na data em que foi efetuado o lançamento (data de ciência do impugnante) já havia transcorrido mais de cinco anos dos fatos geradores do ICMS relativamente ao período de janeiro a novembro de 2002. Diz que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o prazo decadencial de que dispõe a Fazenda Pública para promover o lançamento de ofício de tributos sujeitos ao lançamento por homologação é de cinco anos, contados do fato gerador. Cita julgados do STJ e de órgãos de julgamento da Secretaria da Receita Federal. No mérito, em relação à infração 04, o defensor alega que muitos dos documentos fiscais listados no Anexo D do Auto de Infração foram emitidos em data anterior àquela em que a fiscalização considerou que a empresa transportadora estava inabilitada, ou seja, 01/06/2003. Diz que os Conhecimentos de Transporte de números 3252, 3253, 3254, 3255 e 3256 emitidos em 22/05/2003 se encontram nesta situação e por isso, são idôneos, concluindo-se pela improcedência total da exigência constante da infração 04. Entende que, ainda que a empresa emitente dos Conhecimentos de Transporte estivesse inabilitada na data de suas respectivas

emissões e tais documentos fiscais fossem considerados inidôneos, ainda assim, não poderiam ser alvo da autuação fiscal, porque o art. 97, VII do RICMS/BA admite expressamente o aproveitamento do crédito fiscal se o imposto destacado no documento fiscal foi efetivamente recolhido. Portanto, o defensor alega que se encontra na exceção comentada anteriormente, considerando que o ICMS incidente sobre a operação de serviço de transporte foi retido e devidamente recolhido ao Estado da Bahia, conforme comprovam os Documentos de Arrecadação Estadual que acostou aos autos. Dessa forma, alega que ainda que se concluísse pela inidoneidade dos documentos fiscais, restou comprovado pela juntada dos DAEs detalhados emitidos pela SEFAZ e relatório do ICMS Substituição pago pelo impugnante nos meses de junho e julho de 2003.

Infrações 09 e 15: O defensor informa que em decorrência da íntima relação entre essas infrações, se reserva no direito de combatê-las simultaneamente. Alega que estes itens da autuação fiscal não têm qualquer possibilidade de prosperar, seja porque o dispositivo indicado pela fiscalização não tem qualquer relação de causalidade com o fato concreto, inexistindo qualquer outro dispositivo na legislação estadual que pudesse ter sido apontado como infringido pelo autuado, seja porque o GLP é sub-produto gerado, involuntariamente no processo produtivo do impugnante, cuja receita de venda possui ínfima relevância se comparada ao valor total das vendas realizadas pela empresa. Reproduz o que dispõe o art. 100 do RICMS/97, alegando que não adquire GLP e sim bens e mercadorias que, submetidos ao processo de industrialização de outros produtos, a exemplo do eteno, geram o GLP de forma involuntária. Assim, o defensor entende que o dispositivo do RICMS/BA dito como infringido prevê a hipótese de estorno de crédito decorrente das aquisições de mercadorias objeto de integração, consumo ou emprego em processo de industrialização, quando a operação subsequente for não tributada ou estiver isenta do imposto, ou seja, o legislador previu o estorno do crédito na hipótese de a própria mercadoria ser posteriormente revendida com isenção do imposto ou redução de base de cálculo,. Afirma que o contribuinte só deve proceder ao estorno de créditos decorrentes das entradas de insumos integrados, consumidos ou empregados no processo de industrialização de mercadoria, quando a operação subsequente com o produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, e o mesmo raciocínio se aplica às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, e o consequente direito à utilização do crédito do imposto à razão de 1/48. Transcreve o art. 155, § 2º, inciso II da Constituição Federal e diz que o texto constitucional elencou exaustivamente e não exemplificativamente as hipóteses que autorizam o estorno de crédito indevidamente lançado na escrita fiscal do contribuinte. Transcreve o art. 21 da Lei Complementar 87/96 e art.30 da Lei 7.014/96, além de ensinamentos de Gilberto de Ulhoa Canto e José Eduardo Soares de Melo sobre a redução do montante a ser recolhido pelo contribuinte e ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 161.031-0/MG, reproduzindo parte do voto do relator, Ministro Marco Aurélio. Comenta sobre o que dispõe o RICMS/SP, RICMS/RS em relação ao GLP. Argumenta que na remota hipótese de os julgadores entenderem pela aplicabilidade da norma constante no art. 100, II, do RICMS/BA, não apenas às mercadorias objeto de revenda, mas também aos produtos do processo de industrialização, produção ou extração, cuja saída subsequente seja feita com redução de base de cálculo, entende que tal dispositivo ainda não é aplicável ao caso em tela, porque os bens e as mercadorias adquiridas pelo defensor são utilizados na fabricação de outros produtos (eteno, propeno e compostos aromáticos), cujas saídas não são feitas com redução de base de cálculo. Em seguida, o defensor detalha os procedimentos realizados pelos autuantes na apuração do valor a ser estornado e diz que, a despeito do criterioso trabalho desenvolvido pela fiscalização, os autuantes partiram de premissa equivocada de que o autuado teria que estornar o crédito de suas aquisições, tanto de mercadorias como de ativo imobilizado, em relação às saídas de GLP com redução de base de cálculo. O defensor descreve a primeira etapa de seu processo produtivo de sua Unidade de Insumos Básicos, onde ocorre a produção involuntária de GLP. Esclarece que não só utiliza este gás como combustível, como também passou a comercializar parte dele, desde a quebra do monopólio da Petrobrás. Diz que o valor das operações de venda do GLP é tão insignificante em

relação ao faturamento global que acaba por confirmar no sentido financeiro e econômico o seu caráter de sub-produto. Portanto, o GLP é assim considerado, não apenas por ser produzido independente da vontade do autuado, tem baixa representatividade da sua receita de vendas, se comparada com o total de vendas dos produtos principais do impugnante, conforme planilha que elaborou à fl. 725, referente ao período de janeiro de 2002 a dezembro de 2003. Salienta que o ativo imobilizado e as mercadorias adquiridas que geraram crédito do imposto, o foram para emprego na produção dos principais produtos químicos e petroquímicos do estabelecimento autuado, cujas saídas não ocorreram com redução de base de cálculo. Portanto, entende que não há que se falar em estorno de crédito fiscal. Comenta sobre os princípios da legalidade e da busca da verdade material e ensinamentos de Aurélio Pitanga Seixas Filho, ao analisar o princípio da verdade material, citando a jurisprudência administrativa de Conselho de Contribuintes. Pede a improcedência destas infrações.

Infração 10: O defensor alega que promoveu a uma vasta busca em seus arquivos, tendo localizado os documentos fiscais apontados pela fiscalização. Diz que ao analisar as notas fiscais, constatou que uma delas foi emitida, exclusivamente, para fins de complementação de preço decorrente da variação cambial entre o dólar faturado e o dólar médio considerado em outras notas fiscais emitidas para a Zona Franca de Manaus, nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, conforme observação constante na parte inferior da NF 214189. Portanto, a nota fiscal em comento não embasou quaisquer operações de remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus. Assegura que, tendo sido reconhecido pela fiscalização que os produtos objeto das notas fiscais emitidas em janeiro e fevereiro de 2003, cuja complementação do preço foi objeto da NF 214189, foram efetivamente destinados à Zona Franca de Manaus e internalizados pela SUFRAMA, é certo afirmar que as operações de venda correspondentes ocorreram com o benefício da isenção, e por isso, não cabe qualquer exigência a título de ICMS, conforme estabelece o art. 29 do RICMS/BA. Quanto à NF 192628, o impugnante informa que até a data da apresentação da defesa, não conseguiu localizar, nem obter junto à empresa destinatária, a documentação comprobatória do internamento na SUFRAMA, das mercadorias remetidas. Se comprometeu a prestar informações e apresentar os documentos necessários a comprovar o não cometimento de qualquer infração à legislação do ICMS.

INFRAÇÕES 11, 12, 13 e 18 (Entradas não registradas): O autuado alega que a aplicação da sanção tributária deve guardar um vínculo com o objetivo de sua imposição, devendo existir uma proporção entre o *quantum* da multa e o valor do tributo, bem como, atrelando-se ao grau de culpabilidade do agente. A esse respeito, cita ensinamentos de Helenilson Cunha Pontes, e assevera que a multa deve ser utilizada como forma de desestimular o ilícito e punir o infrator, não devendo consistir num meio para que o Estado lance mão do patrimônio do contribuinte, sob pena de violação do princípio da razoabilidade. Diz que foi por esta razão que o legislador concedeu ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator, conforme se observa no § 7º do art. 42, da Lei 7.014/96. Assegura que a falta de escrituração das notas fiscais listadas nos anexos K, L, M e P não decorreu de conduta dolosa, fraudulenta ou dissimulada, tampouco gerou qualquer prejuízo ao Erário. Esclarece que ao longo dos anos de 2002 e 2003 o defensor, antes denominado Copene Petroquímica do Nordeste S/A, passou por profundas alterações em sua Administração, tendo sido alterada a sua razão social, passando a denominar-se Braskem S/A. Diz que além das alterações societárias o quadro de pessoal também passou por uma relevante reestruturação, de forma que novos profissionais foram contratados e outros foram desligados de suas funções e a despeito de o autuado não ter medido esforços para dar seguimento normal às suas atividades, alguns de seus deveres instrumentais não foram cumpridos a contento, a exemplo de algumas notas fiscais de entrada que foram extraviadas, consequentemente, deixaram de ser escrituradas no respectivo livro fiscal. Reafirma a alegação de que o Erário não sofreu qualquer prejuízo em razão da não escrituração das entradas nos livros fiscais, e que ao não registrar tais entradas, o impugnante deixou de se creditar do imposto, nas hipóteses em que é autorizado o crédito fiscal, ou seja, tal equívoco trouxe prejuízo ao

próprio autuado. Cita como exemplo a NF 24778, emitida pela Petrobrás, que se refere a operação de aquisição de insumo (nafta), operação que nos termos da legislação, gera direito ao crédito do imposto. Informa que a mencionada nota fiscal foi contabilizada e lançada no sistema operacional do impugnante denominado BAAN e os livros fiscais de entrada são gerados por outro sistema, denominado MASTERSAF. Entende que se encontram os requisitos autorizadores para o cancelamento da multa, salientando que o CONSEF vem proferindo decisões neste sentido, conforme exemplo que citou, transcrevendo a ementa.

O defendant alega que, restando ultrapassado o argumento anterior, os itens 11 e 13 da autuação devem ter substancial redução do valor que está sendo exigido, uma vez que a fiscalização considerou, equivocadamente, operações de entrada não tributáveis como se assim fossem, ou seja, operações não tributadas foram capituladas pela fiscalização como tributáveis. Diz que analisando o Anexo M (item 13) constatou que a quase totalidade das notas fiscais nele consignadas foram emitidas pela empresa Terminal Químico de Aratu S/A – TEQUIMAR, Vopak Brasil S/A e Tegal Terminal de Gases Ltda., empresas que, conforme se constata nos respectivos comprovantes de inscrição e de situação cadastral, são Armazéns Gerais. Comenta sobre as operações de remessa e retorno de mercadorias de armazéns gerais, citando os arts. 6º, VI, 668 a 670, parágrafo 2º do RICMS/BA, e diz que o legislador estadual excluiu da hipótese de incidência do ICMS a remessa para armazéns gerais e o retorno ao estabelecimento depositante. Por isso, conclui que as operações lastreadas nas notas fiscais emitidas pelas empresas Terminal Químico de Aratu S/A – TEQUIMAR, Vopak Brasil S/A e Tegal Terminal de Gases Ltda., se referem a operações de retorno de mercadorias ao estabelecimento depositante, o que não se coaduna com o enquadramento dado pela fiscalização como se fossem operações tributáveis. Neste caso, afirma que a aplicação da multa deve ser de 1% sobre o valor da operação.

Em relação ao item 11 da autuação fiscal, o defendant diz que analisando o Anexo K, constatou que diversas notas fiscais nele consignadas se referem a operações de entrada de mercadorias não tributadas, pelos mais diversos motivos. Em seguida, o defendant passa a contestar a exigência do imposto neste item da autuação, agrupando as notas fiscais listadas pelo autuante, de acordo com a hipótese de não tributação. Assim, o defendant cita a hipótese de não incidência do ICMS prevista no RICMS/SP. Diz que a fiscalização cometeu equívoco ao considerar como tributáveis as operações consubstanciadas nas Notas Fiscais de números 216848, 7438, 7439, 3869, 1053, 604, 16524, 6475 e 7019; hipóteses previstas no RICMS/RS: Diz que analisando as NFs 67815, 70988 e 70989, constatou que estas notas fiscais também não acobertaram operações comerciais sujeitas à tributação do imposto, conforme art. 55, I do RICMS/RS; hipótese prevista no RICMS/BA: No que tange às operações acobertadas pelas Notas Fiscais de números 51388, 53999, 54158 e 55641, assegura que em relação a tais operações não há incidência do ICMS, conforme dispõem os arts. 6º, inciso IV “c”; 668 e 670 do RICMS/BA. Portanto, assegura que, se as operações não estão sujeitas à incidência do ICMS, não há que se cogitar em multa de 10%. Entende que de acordo com os argumentos apresentados impõem a redução da multa para o percentual de 1%, nos termos do inciso XI do art. 42 da Lei 7.014/96. Em relação à infrações 11 e 13, o defendant argumenta que, se não for acolhido o pedido de cancelamento da multa, que a mesma seja reduzida para o percentual de 1%. Finaliza pedindo que seja acolhida a preliminar de decadência quanto aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2002. Caso a decadência suscitada não seja acatada, o impugnante requer seja o presente Auto de Infração julgado procedente em parte.

Os autuantes, em sua informação fiscal às fls. 884 a 893 dos autos, dizem que em relação à extinção do crédito tributário por decadência, relativamente aos fatos geradores do período de 01/01/2002 a 30/11/2002 não se aplica o disposto no art. 150, § 4º do CTN, por ter a legislação tributária do Estado da Bahia regulado a matéria de forma distinta. Dizem que esta questão já está pacificada no CONSEF, conforme Acórdãos JJF Nº 0022-01/05, 0172-01/05, 0187-01/05, 0211-01/05 e CJF Nº 0102-12/05, 0113-12/05. Informam que deixam de analisar os argumentos de

inconstitucionalidade da Lei 7.014/96, por não terem esta atribuição para tal análise, o mesmo ocorrendo em relação à legislação de outros Estados.

No mérito, quanto à infração 04, os autuantes informam que conforme as fls. 70 a 73 do PAF os documentos fiscais foram registrados na escrita fiscal do contribuinte com CNPJ da matriz do Rio de Janeiro, inclusive com CFOP de aquisição de serviços de transporte interestaduais, e além disso, o contribuinte foi intimado a apresentar os documentos fiscais, não os entregando, sob a alegação de que os mesmos não foram localizados, devido às mudanças nas empresas responsáveis pelos arquivos. Em relação aos documentos apresentados pelo defendant, observam que os Conhecimentos de Transporte de números 3254, 3255 e 3256, datados de 22/05/2003, foram realmente emitidos pela filial localizada no Estado da Bahia. Por isso, refizeram o demonstrativo de débito, excluindo estes documentos fiscais, ficando o débito reduzido de R\$68.644,42 para R\$46.778,21.

Infrações 05, 06, 07 e 16: Informam que o defendant não apresentou contestação, exceto em relação aos valores com data de ocorrência entre 01/01/2002 e 30/11/2002 (decadência). Alegações que não foram acatadas pelos autuantes.

Infrações 09 e 15: Dizem que não procede a alegação do autuado de que a legislação citada no Auto de Infração (art. 100, II, do RICMS/BA) não se aplica ao fato apurado, considerando que, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel suscetível de circulação econômica é considerado mercadoria, e as hipóteses de manutenção do crédito fiscal nas saídas com redução de base de cálculo estão previstas no art. 105 do RICMS/BA, inexistindo previsão de manutenção de crédito relativo às saídas de GLP com redução de base de cálculo. Portanto, entendem que não procedem as alegações do defendant de que o GLP é gerado de forma involuntária, considerando que o mencionado produto tem como origem as mesmas matérias primas e insumos cujos créditos foram utilizados.

Infração 10: Argumentam que o defendant não apresentou qualquer demonstrativo, planilha ou similar para comprovar que o reajuste de preços foi efetivamente das notas fiscais já internalizadas. Quanto à NF 192628, dizem que o autuado também não apresentou provas que pudessem elidir a autuação fiscal.

Infração 11: Entendem que não procedem as alegações do autuado ao discorrer sobre equívocos da fiscalização ao enquadrar como tributadas operações não tributáveis. Dizem que a aplicação da multa incide sobre o valor comercial do bem, mercadoria ou serviço (art. 915, incisos IX e XI do RICMS/BA) e não há de se falar em operação. Salientam que não justifica a alegação de que o erário não teve prejuízo pela falta de registro das notas fiscais, tendo em vista que a ausência de lançamento dos documentos fiscais correspondentes às operações realizadas, prejudica os trabalhos de fiscalização, que é pautado na escrita fiscal do contribuinte. Dizem que foram constatadas centenas de notas fiscais não escrituradas e que o autuado assumiu o risco quando não escriturou os documentos fiscais, conforme estabelece a legislação, devendo suportar o ônus. Em relação ao cancelamento ou redução da multa exigida pela falta de escrituração dos documentos fiscais, sob o argumento de que a penalidade é gravosa para o contribuinte, dizem que se trata de um descumprimento de obrigação explícita no RICMS/BA, existindo sanções por descumprimento desta obrigação acessória.

Intimado da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 899 a 950, fazendo uma síntese da impugnação inicial, falando inclusive quanto à decadência referente aos fatos geradores do período de janeiro a novembro de 2002. Quanto à infração 04, alega que as ponderações dos autuantes são totalmente insubstinentes, em relação à parcela remanescente do imposto exigido, tendo em vista que a filial da empresa em questão, localizada em Salvador, está plenamente habilitada a realizar suas atividades e o imposto destacado nos Conhecimentos de Transporte que lastrearam a exigência fiscal, foi recolhido aos cofres públicos. Em relação aos Conhecimentos de Transporte de números 3252, 3256, 3265, 3269 e 3312, emitidos pela Flumar Transportes de Químicos e Gases Ltda., considerados indevidos, porque segundo a fiscalização esta empresa

estaria inabilitada para realizar suas atividades, o defendente diz que demonstrou na impugnação inicialmente apresentada, que muitos dos documentos fiscais listados no levantamento efetuado pelos autuantes (Anexo D) foram emitidos em data anterior àquela em que a fiscalização considerou que a empresa transportadora estava inabilitada, qual seja, 01/06/2003. Diz que esta alegação foi totalmente acolhida pelos autuantes, que refizeram o demonstrativo de débito do Anexo D. Mas os autuantes incidiram em erro ao consignar no bojo da informação fiscal que apenas os Conhecimentos de Transporte de números 3254, 3255 e 3256 foram realmente emitidos pela filial localizada no Estado da Bahia, deixando de se referir aos Conhecimentos de Transporte de números 3252 e 3253, os quais, da mesma forma que os demais, foram emitidos pela filial da Flumar localizada neste Estado, em data anterior ao dia 01/06/2003. Alega que outros desacertos foram cometidos pela fiscalização no que tange aos demais documentos fiscais listados no levantamento fiscal, a exemplo dos Conhecimentos de Transporte de números 3265, 3266, 3267, 3268, 3269 e 3312. Portanto, informa que o saldo remanescente apurado pelos autuantes na informação fiscal se refere aos mencionados Conhecimentos de Transporte e que os autuantes devem ter sido induzidos a erro, considerando o número do talonário como se fosse o número de emissão dos respectivos conhecimentos de transporte, conforme quadro que elaborou à fl. 910. O autuado entende que, mesmo se concluindo pela inidoneidade da documentação fiscal, a situação do impugnante se enquadra na exceção legal, uma vez que o imposto foi retido e devidamente recolhido ao Estado da Bahia, conforme se comprova através do DAE que acostou aos autos. Portanto, reafirma o seu direito ao crédito fiscal glosado pela fiscalização, porque comprovou que os documentos fiscais que lastrearam as prestações de serviços de transporte são idôneos e o imposto foi devidamente recolhido, conforme restou comprovado com a juntada do DAE detalhado, emitido pela SEFAZ e do relatório do ICMS Substituição pago pelo impugnante no mês 07/2003. Pede a insubsistência deste item 04 do Auto de Infração.

Infrações 09 e 15: O defendente contesta os argumentos apresentados pelos autuantes, que não acataram as alegações defensivas apresentadas na impugnação inicial. Diz que inexiste relação de causalidade entre o dispositivo regulamentar apontado como infringido e a conduta do autuado; não se aplica ao caso o art. 105 do RICMS/BA, que constitui regra de exceção ao comando normativo inserto no art. 100 do mesmo Regulamento. Comenta sobre a natureza do sub-produto GLP, gerado involuntariamente na planta industrial do impugnante, e diz que os prepostos fiscais desconheciam o fato de que nenhuma das aquisições feitas pelo autuado destina-se à produção do GLP. Na verdade, trata-se de sub-produto gerado involuntariamente em seu processo industrial, conforme restou demonstrado na impugnação inicial. Reafirma que o valor das operações de venda de GLP é tão insignificante em relação ao seu faturamento global que acaba por confirmar, no sentido financeiro e econômico, o seu caráter de sub-produto.

Infração 10: O defendente informa que em relação à NF nº 192.628, está tentando obter junto aos destinatários, localizados na zona incentivada, os idôneos documentos que comprovam o ingresso das mercadorias na área de exceção fiscal, por isso, pugna pela juntada posterior dos referidos documentos. Em seguida, o impugnante faz uma análise do art. 201, II, § 5º do RICMS/BA e afirma que a NF 214189, juntada aos autos, foi emitida em estrita observância ao referido comando normativo. Entende que tendo sido reconhecido pela fiscalização que os produtos objeto das notas fiscais emitidas em janeiro e fevereiro de 2003, cuja complementação foi objeto da NF 214189, foram efetivamente destinados à Zona Franca de Manaus e internalizados pela SUFRAMA, é certo que as operações de venda correspondentes ocorreram com o benefício de isenção, sendo descabida qualquer exigência de ICMS, conforme estabelece o art. 29 do RICMS/BA. Reafirma que a NF 214189 não respalda qualquer operação de circulação de mercadoria, mas apenas complementação do preço de operações, cujo internamento das mercadorias na SUFRAMA já foi reconhecido pela própria fiscalização.

Em relação às infrações 11, 12, 13 e 18, o defendente reitera o pedido de cancelamento das multas exigidas pelas razões apresentadas na impugnação inicial, que reproduz na manifestação. Assim, quanto às infrações 11 e 13, caso não seja acolhido o cancelamento da multa, pede que seja

reduzida ao percentual de 1% nos termos do inciso XI do art. 42 da Lei 7.014/96. No que tange aos itens 01, 02, 03, 08, 14, 17 e parte dos itens 05, 06 e 07, cuja procedência foi reconhecida, o defensor pede que seja homologada a quitação do débito efetuada através de Certificado de Crédito requerido em 02/01/2008.

À fl. 963 o presente processo foi convertido em diligência à ASTEC para o diligente adotar as seguintes providências:

Quanto à Infração 04:

1. Intimar o autuado a apresentar os CTRCs originais de prestação de serviços de transporte de números 3252, 3253, 3254, 3255, 3256, 3265, 3266, 3267, 3268, 3269 e 3212, emitidos pela Flumar Transportes de Químicos e Gases Ltda. e verificar se a data de emissão ocorreu antes de 01/06/2003.
2. Verificar se o imposto referente às operações foi recolhido pela Flumar Transportes de Químicos e Gases Ltda.
3. Juntar aos autos as cópias das notas fiscais e o DAE de recolhimento do imposto pela Flumar Transportes de Químicos e Gases Ltda.
4. Elaborar novo demonstrativo de débito, se necessário.

Infração 10:

1. Intimar o autuado para apresentar a nota fiscal original de nº 214.189, e apurar se, efetivamente, se trata de complementação de preço decorrente de variação cambial entre o dólar flutuante e o dólar médio devido no cálculo do imposto.
2. Elaborar novo demonstrativo de débito, se necessário.

Após as providências adotadas, a SAT/COPEC intimar o autuado e o autuante e dar conhecimento do teor da diligência e do PARECER ASTEC, concedendo o prazo de dez dias para manifestação.

De acordo com o PARECER ASTEC N° 085/2009 (fls. 991 a 993), o autuado foi intimado a apresentar os documentos necessários ao cumprimento à diligência solicitada. Examinando os documentos e demonstrativos apresentados pelo autuado, constatou quanto à infração 04: Os Conhecimentos de Transporte de números 3252, 3253, 3255 e 3256 foram emitidos pela Flumar Transportes de Químicos e Gases Ltda. antes de 01/06/2003, conforme cópias acostadas às fls. 999 a 1003 e os de números 3265, 3266, 3267, 3268, 3269 e 3212, após a data de inabilitação da empresa emitente dos Conhecimentos de Transporte, conforme informação cadastral fornecida pelo SINTEGRA/SEFAZ Rio de Janeiro à fl. 69.

Quanto aos comprovantes de pagamento do ICMS pela Flumar Transportes de Químicos e Gases Ltda., informa que os autuantes reduziram o valor da infração 04 para R\$46.778,01, com a exclusão dos documentos de números 3254, 3255 e 3256, bem como os de números 3252 e 3253, não referidos pelos autuantes, mas que se encontram na mesma situação dos anteriormente citados, conforme demonstrativo de fls. 890 e 894. Diz que o valor do débito relativo a esta infração, após os ajustes efetuados pelos autuantes, no valor de R\$46.778,01, se referem aos Conhecimentos de Transporte de números 3265, 3266, 3267, 3268, 3269 e 3312, escriturados no livro Registro de Entradas em 07/07/2003 e 25/07/2003, conforme fls. 1365, 1366 e 1520. Como se trata de ICMS devido por Substituição Tributária, com pagamento do imposto pelo autuado, a diligente diz que em relação aos valores registrados, foi realizada a conferência da utilização dos créditos na apuração da conta corrente com base nos lançamentos efetuados no Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS. Constatou que o valor do DAE recolhido em agosto de 2003, referencia julho de 2003, no montante de R\$946.989,69, corresponde às notas fiscais e aos valores registrados no respectivo livro fiscal com CFOPs 2352 e 1352.

Infração 10: A diligente informa que em relação à NF 214189, o autuado apresentou cópia da nota fiscal e dos lançamentos contábeis, comprovando que o referido documento fiscal foi emitido pela Braskem em 07/04/2003, tendo como destinatário a Engepack, no valor de R\$72.560,87, decorrente da variação cambial entre o dólar faturado e o dólar médio das notas fiscais emitidas entre o mês de janeiro e fevereiro de 2003, e que em razão do não pagamento da duplicata de nº 214189/01, com vencimento em 20/06/2003, foi registrado no livro Razão Geral o estorno desse lançamento.

Assim, diante da comprovação do pagamento do ICMS exigido na infração 04 e do estorno do lançamento contábil da fatura emitida através da NF 214189, o débito originalmente apurado após diligência fiscal, quanto às infrações 04 e 10, fica reduzido para R\$4.986,13 (infração 10), conforme planilha que a diligente elaborou à fl. 993.

Os autuantes tomaram conhecimento do PARECER ASTEC Nº 0875/2009, conforme fl. 1606, e não apresentaram qualquer pronunciamento.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 0875/2009, o defendant se manifestou às fls. 1609 a 1617, aduzindo que a manutenção parcial do lançamento pela fiscalização decorreu de equívoco, e se tivesse sido pesquisada a situação do estabelecimento emitente dos documentos fiscais, a fiscalização não teria mantido a autuação. Diz que a diligência fiscal merece pequeno reparo, apenas na parte em que aponta que os Conhecimentos de Transporte de números 3265, 3266, 3267, 3268, 3269 e 3312 teriam sido emitidos após a data de inabilitação da empresa emitente, o que não procede porque não foi a empresa situada no Rio de Janeiro responsável pela emissão dos documentos fiscais em questão. Assegura que, além disso, a exigência do imposto não poderia prosperar, porque o imposto destacado nos Conhecimentos de Transporte que embasaram a autuação foi efetivamente recolhido aos cofres públicos, tal como atestado pela diligente. Entende que foi acertada a conclusão da diligente, baixando todo o débito remanescente deste item do Auto de Infração, conforme se infere do demonstrativo elaborado à fl. 993 dos autos.

Quanto à infração 10 diz que foi mantido apenas o valor de R\$4.986,13, correspondente à operação lastreada pela NF 192268. Informa que em relação ao mencionado documento fiscal, permanece tentando obter junto aos destinatários localizados na zona incentivada, os idôneos documentos que comprovam o ingresso das mercadorias na mencionada zona de exceção fiscal. Finaliza, reafirmando a alegação de decadência quanto ao período de janeiro a dezembro de 2002; que seja julgada improcedente a infração 04, conforme atestado no PARECER ASTEC Nº 0875/2009; quanto às infrações 09 e 15, que sejam julgadas improcedentes. Em relação ao item 10, diz que se compromete a apresentar a comprovação do internamento da mercadoria objeto da NF 192628. Quanto aos itens 11, 12, 13 e 18, pede o cancelamento da multa por entender que a aplicação da penalidade viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e na remota hipótese de não ser atendido este pedido, que seja reduzida a multa dos itens 11 e 13. No que concerne aos itens 01, 02, 03, 08, 14, 17 e parte dos itens 05, 06 e 07, cuja procedência foi reconhecida, requer a homologação da quitação realizada através de Certificado de Crédito, requerido em 02/01/2008.

À fl. 1620, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência, para o autuante esclarecer e retificar os demonstrativos elaborados, de forma que os valores apurados no levantamento fiscal correspondam exatamente ao demonstrativo de débito, inclusive quanto às datas de ocorrência, e a Inspetoria Fiscal providenciar a entrega ao autuado de cópia de todos os elementos anexados aos autos pelo autuante, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Os autuantes prestaram nova informação fiscal às fls. 1623/1625, aduzindo que a infração 07 está acompanhada de anexos que se encontram às fls. 191 a 207 do PAF; contém oito valores relativos a débitos de ICMS ST, e foram objeto do pedido de diligência, apenas quatro valores do anexo às fls. 202/203, que estão com as datas de ocorrência diferentes daquelas lançadas no demonstrativo de débito. Em seguida, explicam a razão dessa divergência:

1. Quanto ao valor de R\$ 12.538,26, lançado no anexo fl. 202 com a competência março de 2002 e lançado no demonstrativo de débito com a data de ocorrência 31/12/2002, foi ajustado o anexo sendo lançado na linha correspondente a dezembro de 2002.

Dizem que a composição das notas fiscais que resultaram nesse recolhimento a menos de R\$12.538,26, estão discriminadas na folha 193 do PAF. Foi apurado pelas notas fiscais complementares um valor de R\$ 81.414,95 (fl. 193) e os DAEs recolhidos em 15/08/2002 totalizaram R\$ 68.876,69 antes dos acréscimos moratórios (fl. 193). Em resumo, a Braskem emitiu no período de julho a dezembro de 2002 seis notas fiscais relativas a complemento de ICMS_ST que totalizaram R\$81.414,95, mas recolheu apenas R\$ 68.876,69, resultando nesta diferença. Estas notas fiscais complementares emitidas nos meses de julho a dezembro de 2002 referem-se a diferenças em notas fiscais emitidas pela Braskem no período de janeiro a junho de 2002, conforme fl. 194 a 197 do PAF. Portanto, apesar destes recolhimentos efetuados a menos terem ocorrido no período de janeiro a junho de 2002, o que gerou a diferença de R\$ 12.538,26 foi a emissão de notas complementares em valor superior ao apurado mês a mês. Utilizando o critério PEPS, foi atribuída à nota fiscal emitida no dia 03/12/2002 no valor de R\$ 13.010,45, a título de complemento de ICMS-ST, a diferença dos R\$ 12.538,26. Portanto, o demonstrativo de débito como o anexo fl. 192 estão corretos, sendo alterado a fl. 202 para melhor compreensão.

2. Quanto ao valor de R\$ 2.057,85, lançado no anexo fl. 202 com a competência dezembro de 2002 e lançado no demonstrativo de débito com a data de ocorrência 31/03/2003, excluíram do demonstrativo da folha 202, permanecendo apenas no demonstrativo da folha 192 do PAF, portanto sem alteração no Demonstrativo de Débito.

Dizem que o fato assemelha-se ao ocorrido no item anterior. A composição das notas fiscais que resultaram nesse recolhimento a menor de R\$2.057,85, estão discriminadas na folha 193. Foi apurado pelas notas fiscais complementares um valor de R\$ 54.099,63 (fl. 193) e os DAEs recolhidos em 15/08/2002 totalizaram R\$ 52.041,78 antes dos acréscimos moratórios (fl. 193). Em resumo, a Braskem emitiu no período de janeiro a março de 2003 e dezembro de 2002 quatro notas fiscais relativas a complemento de ICMS_ST que totalizaram R\$ 54.099,63, mas recolheu apenas R\$ 52.041,78, resultando nesta diferença. Estas notas fiscais complementares emitidas nos meses citados referem-se a diferenças em notas fiscais emitidas pelas Braskem no período de fevereiro a junho de 2002, conforme fl. 198 a 200 do PAF. Portanto, apesar destes recolhimentos a menor terem ocorrido no período de fevereiro a junho de 2002, o que gerou os R\$ 2.057,85 foi a emissão de notas complementares em valor superior ao apurado mês a mês. Utilizando o critério PEPS, foi atribuída à nota fiscal emitida no dia 13/03/2003 no valor de R\$ 15.068,28, a título de complemento de ICMS-ST, a diferença dos R\$ 2.057,85.

3. Quanto ao valor de R\$ 6.148,07 dizem que não há o que retificar visto que a data de ocorrência no anexo fl. 202 corresponde à data do demonstrativo de débito, ou seja, 31/03/2002.
4. Quanto ao valor de R\$20.347,64 que no demonstrativo de débito consta a data de ocorrência 30/12/2002, a data correta é 31/12/2002. Acreditam que a divergência tenha ocorrido por um problema operacional do sistema que gera o auto de infração visto já existir um outro débito para esta mesma data. Juntaram aos autos, novo demonstrativo.

Intimado da informação fiscal e do novo demonstrativo elaborado pelos autuantes, com reabertura do prazo de defesa, o defendente se manifestou às fls. 1632 a 1642, alegando que a título exemplificativo, os débitos com datas de ocorrência 31/12/2002 e 31/03/2003, nos valores de R\$12.538,26 e R\$2.057,85, o imposto foi apurado e recolhido, sendo indevida a cobrança do imposto. Reproduz o que estabelece a Cláusula Primeira do Convênio 03/99 e arts. 512-A, inciso I, alínea “a” e 512-B, do RICMS/BA e diz que em estreita observância dos dispositivos citados legais, o autuado, por se tratar de pessoa jurídica dedicada à comercialização de GLP e combustíveis derivados de petróleo, reveste-se na condição de sujeito passivo por substituição. Por isso, ao

realizar a venda de GLP e combustível no período de janeiro a junho de 2002, para a distribuidoras AGIP DP Brasil S/A e Shell Gás Brasil S/A, operações representadas pelas notas fiscais indicadas no Anexo G do Auto de Infração. Informa que em decorrência de uma falha em seu sistema de apuração do ICMS ST, acabou por calcular a menos o percentual atinente à Margem de Valor Agregado aplicável a tais operações, dando ensejo a base de cálculo ICMS ST inferior àquela efetivamente devida, resultando numa retenção a menos do imposto incidente sobre tais operações. Visando sanar a incorreção, o autuado diz que calculou a diferença do ICMS ST devido e recolheu aos cofres do Estado da Bahia com os acréscimos legais. O autuado afirma que no cálculo da diferença, calculou em relação a cada nota fiscal originalmente emitida o imposto devido, subtraindo do valor correto aquele que já havia sido anteriormente apurado e recolhido, tendo sido corroborado o levantamento do autuado pelo autuante, conforme demonstrativo de fls. 194/200 dos autos. Esclarece a forma como apurou o imposto devido e diz que não se pode esquecer que a base de cálculo do ICMS ST deve ser apurada levando em conta o valor da operação acrescida dos valores correspondentes ao frete, seguro, adicionado do percentual de MVA de 30%. Alega que, mesmo tendo ciência de que foram emitidas notas fiscais apenas para complementar os documentos fiscais constante do demonstrativo do autuante, ainda continua a ser exigida a diferença, que não encontram suporte fático que enseje a ocorrência do fato gerador do imposto. Entende que a exigência fiscal é decorrente de excessivo apego ao incorreto preenchimento das notas fiscais em questão, que espelham, de forma equivocada, valor de ICMS maior que aquele efetivamente recolhido aos cofres públicos. Transcreve lições de Hugo de Brito Machado, e assegura que todo o crédito tributário devido pelo defensor a título de ICMS ST incidente sobre as operações realizadas com a AGIP DP Brasil S/A e a Shell Gás Brasil S/A foi integralmente recolhido aos cofres públicos estaduais, sendo insubstancial a infração 07. O defensor argumenta que em relação a esta infração 07, não poderia ser exigido o imposto no valor histórico de R\$70.977,66, mas apenas o montante de R\$64.829,60, conforme se infere do próprio demonstrativo do autuante à fl. 202. Isto porque no mês 02/2002 o autuante verificou que o autuado havia recolhido a mais a quantia de R\$6.148,08, tendo inclusive deduzindo o mencionado valor do ICMS a recolher, no demonstrativo de fl. 202, que foi retificado no anexo à fl. 1627. Em contradição ao mencionado levantamento, no demonstrativo referente à infração 07, o preposto fiscal desprezou tal valor recolhido a mais, embutindo-o no montante de R\$70.977,66, quando na verdade, deveria exigir apenas a quantia de R\$64.829,60. Assim, o autuado pugna pela revisão do valor exigido na infração 07.

À fl. 1645 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC, para Auditor Fiscal estranho ao feito refazer os demonstrativos das infrações 11 e 13, calculando a multa de 1% sobre as operações não tributáveis, alegadas pelo autuado, mantendo quanto às demais operações, a multa de 10%.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 211/2010, a diligência foi realizada sem a necessidade de intimação do contribuinte, porque todos os elementos necessários estão no PAF. Informa que para a infração 11 foi utilizado o demonstrativo da fl. 397 (anexo K) e excluídas as multas de 10% de todas as notas fiscais reclamadas e incluídas as multas correspondentes a 1%, mantendo-se as demais notas fiscais sem alterações, o que resultou na planilha elaborada à fl. 1648. Esclarece que todas as alterações efetuadas no mencionado demonstrativo dizem respeito ao exercício de 2003, inexistindo alterações nos valores cobrados em relação aos exercícios de 2002 e 2004. Quanto à infração 13, cujo anexo M encontra-se à fl. 500, informa que o demonstrativo apresenta apenas as notas fiscais do exercício de 2003, e as notas fiscais anexadas como prova se reportam ao mencionado exercício, embora no Auto de Infração constem valores lançados referentes também ao exercício de 2002. Portanto, o cumprimento da diligência ficou restrito ao exercício de 2003. Também informa que todos os documentos fiscais foram emitidos pelas empresas citadas no pedido de diligência, porém, no mesmo mês aparece uma outra nota fiscal emitida pelo Terminal Químico de Aratu. Foi elaborado um demonstrativo à fl. 1649, tomando-se por base os valores totais mensais do anexo M, todos com multa de 10%, elaborando-se um novo cálculo com

a multa de 1%, à exceção do mês de outubro onde aparecem duas notas fiscais com tratamentos tributários diferentes. O diligente conclui informando que o débito da infração 11, de R\$176.665,41 ficou reduzido para R\$109.444,79. O valor originalmente reclamado para a infração 13, de R\$3.120.977,78 fica reduzido para R\$615.776,84, após as alterações das multas exigidas.

À fl. 1652 os autuantes tomaram conhecimento do PARECER ASTEC Nº 211/2010, e não apresentaram qualquer manifestação.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 211/2010, o defendant se manifestou às fls. 1654 a 1658, informando que apresentou impugnação, reconhecendo a procedência da autuação fiscal no que tange aos itens 01, 02, 03, 08, 14, 17 e parte dos itens 05, 06 e 07. Também informa que em relação a parte dos itens 05, 06, 07, 09, 10, 11, 12, 13, 15 e 18, preliminarmente, argüiu que os créditos tributários correspondentes ao período de janeiro a novembro de 2002 encontravam-se extintos em razão da decadência. Em seguida, apresenta uma síntese das alegações defensivas quanto às infrações 04; 09 e 15; 10; 11, 12, 13 e 18. Quanto ao PARECER ASTEC Nº 211/2010, o defendant apresenta o entendimento de que, em que pesem os ajustes realizados pelo diligente e a conseqüente redução significativa do débito apurado, ainda remanescem valores exigidos em relação aos itens 11 e 13, que também não merecem prosperar, devendo ser cancelados pela Junta de Julgamento Fiscal, por força do quanto previsto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, “eis que a sua manutenção viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”. Pede que o presente Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, reiterando os fundamentos fáticos e jurídicos apresentados em sua impugnação e demais manifestações anteriores.

VOTO

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendant, alegando que na data em que foi efetuado o lançamento (data de ciência do impugnante) já havia transcorrido mais de cinco anos dos fatos geradores do ICMS relativamente ao período de janeiro a novembro de 2002, observo que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente ao exercício de 2002, e a legislação estabelece que o direito de a fazenda pública constituir crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Vale ressaltar, que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.

De acordo com o demonstrativo de débito do Auto de Infração em análise, os fatos geradores dos valores relativos ao exercício de 2002 tinham o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2007. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 03/12/2007, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo.

Portanto, o Auto de Infração foi lavrado em 03/12/2007, e a ciência ao contribuinte, bem como o visto saneador da Autoridade Fazendária ocorreram na mesma data, tendo sido iniciada a ação fiscal, mediante lavratura do Termo de Início de Fiscalização e Termo de Intimação Fiscal em 05/01/2007 (fls. 24/25).

De acordo com o Parágrafo único do art. 173 do CTN, o direito a que se refere o mencionado artigo “extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”.

Por outro lado, o art. 26, II e III, do RPAF/BA estabelece que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura, do Termo de Início de Fiscalização (inciso II) e Intimação, por escrito, ao contribuinte para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização (inciso III).

Portanto, em relação à decadência argüida pelo sujeito passivo, concluo que, na data de início da ação fiscal, bem como, da lavratura do Auto de Infração não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o autuado informou nas razões de defesa que reconhece a procedência das exigências fiscais consubstanciadas nos itens 01, 02, 03, 08, 14, 17 e parte das infrações 05, 06, 07, requerendo a juntada de pedido de emissão de Certificado de Crédito, protocolizado em 02/01/2008 para quitação do imposto exigido nas mencionadas infrações. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos correspondentes ao transportador Fulmar Transportes de Químicos e Gases Ltda., inabilitado desde 01/06/2003, conforme demonstrativo Anexo D (fl. 68). Meses de junho e julho de 2003.

O defensor alega que muitos dos documentos fiscais listados no Anexo D do Auto de Infração foram emitidos em data anterior àquela em que a fiscalização considerou que a empresa transportadora estava inabilitada, ou seja, 01/06/2003. Ainda que a empresa emitente dos Conhecimentos de Transporte estivesse inabilitada na data de suas respectivas emissões, e que tais documentos fiscais fossem considerados inidôneos, o defensor entende que estes documentos não poderiam ser alvo da autuação fiscal, porque se encontra na exceção do art. 97, VII do RICMS/BA, considerando que o ICMS incidente sobre a operação de serviço de transporte foi retido e devidamente recolhido ao Estado da Bahia.

Na informação fiscal prestada à fl. 830 os autuantes dizem que, analisando os documentos apresentados pela defensora, constataram que os Conhecimentos de Transporte de números 3254, 3255 e 3256, de 22/05/2003, foram emitidos pela filial localizada no Estado da Bahia. Assim, dizem que refizeram os cálculos excluindo estes documentos fiscais, remanescendo o débito quanto os demais documentos não apresentados. Portanto, o débito apurado nesta infração, que era de R\$68.644,42, foi reduzido pelos autuantes para R\$46.778,21, conforme demonstrativo à fl. 894.

Este item da autuação fiscal foi objeto de diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, tendo sido feita a planilha de apuração do débito à fl. 994. Foi informado pela diligente no PARECER ASTEC Nº 085/2009 (fl. 992), que os Conhecimentos de Transporte de números 3252, 3253, 3255 e 3256 foram emitidos pela Flumar Transportes de Químicos e Gases Ltda. antes de 01/06/2003, conforme cópias acostadas às fls. 999 a 1003 e os de números 3265, 3266, 3267, 3268, 3269 e 3212 (fls. 1004 a 1009), após a data de inabilitação da empresa emitente dos Conhecimentos de Transporte, conforme informação cadastral fornecida pelo SINTEGRA/SEFAZ Rio de Janeiro à fl. 69.

Em relação ao comprovante de pagamento do ICMS pela Flumar Transportes de Químicos e Gases Ltda., informa que os autuantes reduziram o valor da infração 04 para R\$46.778,01, e após os ajustes efetuados pelos autuantes, no mencionado valor, restaram os Conhecimentos de Transporte de números 3265 (1435), 3266 (1436), 3267 (1437), 3268 (1438), 3269 (1439) e 3312 (1482), registrados no livro Registro de Entradas em 07/07/2003 e 25/07/2003, conforme fls. 1365, 1366 e 1520. Como se trata de ICMS devido por Substituição Tributária, com pagamento do imposto pelo autuado, a diligente diz que em relação aos valores registrados foi realizada a conferência da utilização dos créditos na apuração da conta corrente com base nos lançamentos efetuados no Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, constatando que o valor do DAE recolhido em agosto de 2003, referência julho de 2003, no montante de R\$946.989,69, corresponde às notas fiscais e aos valores registrados no respectivo livro fiscal com CFOPs 2352 e 1352. Portanto, com base nas informações prestadas pela diligente da ASTEC e demonstrativo de débito por ela elaborado à fl. 993 dos autos, não foram apurados valores a recolher.

De acordo com as comprovações apresentadas pelo defensor, apesar da inidoneidade dos documentos fiscais, tendo sido comprovado por meio de diligência fiscal que o imposto nele

destacado foi efetivamente recolhido, concluo pela insubsistência desta infração, com base no art. 97, inciso VII do RICMS/BA.

Em relação às infrações 5 e 6; 7 e 8; 9 e 15; 11, 12, 13 e 18, considerando que os fatos apurados são da mesma natureza, e que o autuado se reservou no direito de combatê-las simultaneamente, neste voto, serão analisadas também conjuntamente.

As infrações 05 e 06 tratam da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo e consumo do estabelecimento.

De acordo com o art. 4º, inciso XV, Lei 7.014/96, há incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso ou consumo e ativo permanente do estabelecimento.

O autuado não contestou os cálculos, nem a origem das mercadorias, tendo apresentado alegações apenas em relação à decadência, considerando que os valores exigidos têm como datas de ocorrência anteriores os meses de julho, agosto, outubro de 2002; janeiro, março, julho, agosto, setembro e dezembro de 2003 (infração 5); janeiro, março, abril, julho, agosto e setembro de 2002; janeiro a dezembro de 2003 (infração 6), existindo débito relativo a meses anteriores a 30/11/2002. A alegação de decadência já foi tratada neste voto como preliminar, chegando à conclusão de que não houve decurso do prazo regulamentar, rejeitando a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa. Assim, concluo pela procedência destas infrações.

Infração 07: Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro, março, junho, julho, novembro e dezembro de 2002; março de 2003, conforme Demonstrativo Anexo G (fls. 192 a 207).

Neste item, o autuado também não contestou os dados numéricos da autuação, haja vista que apresentou, também, alegações somente quanto à decadência, considerando que os fatos geradores do imposto exigido se referem ao exercício de 2002, e março de 2003. Esta alegação já foi apreciada neste voto como preliminar, ficando rejeitado o pedido de decadência porque não houve o decurso do prazo decadencial.

Considerando a existência de erro no demonstrativo de débito deste item da autuação, na diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal à fl. 1620 foi solicitado aos autuantes os esclarecimentos e para ser efetuada a necessária retificação, com reabertura do prazo de defesa para o deficiente se manifestar.

Na informação fiscal prestada às fls. 1623/1625, os autuantes informam que a infração 07 está acompanhada de anexos que se encontram às fls. 191 a 207 do PAF. Contém oito valores relativos a débitos de ICMS ST, e foram objeto do pedido de diligência, apenas quatro valores do anexo às fls. 202/203, que estão com as datas de ocorrência diferentes. Explicam as razões das divergências e apresentam o entendimento de que as mencionadas divergências devem ter ocorrido por um problema operacional do sistema que gera o auto de infração visto já existir um outro débito para esta mesma data. Juntaram aos autos novos demonstrativos (fls. 1627/1628).

Intimado da reabertura do prazo de defesa, o deficiente alega que inexiste débito de imposto a ser recolhido em relação a esta infração 07, e que não poderia ser exigido o imposto no valor histórico de R\$70.977,66, mas apenas o montante de R\$64.829,60, conforme se infere do próprio demonstrativo do autuante à fl. 202. Isto porque no mês 02/2002 o autuante verificou que o autuado havia recolhido a mais a quantia de R\$6.148,08, tendo inclusive deduzindo o mencionado valor do ICMS a recolher, no demonstrativo de fl. 202, que foi retificado no anexo à fl. 1627.

No levantamento fiscal, os autuantes apuraram as diferenças de imposto por meio do confronto entre os valores do ICMS a recolher e o recolhimento efetuado pelo contribuinte, dados que foram

confirmados nos demonstrativos de fls.1627/1628. Foi apurado que, efetivamente, houve recolhimento a mais no montante de R\$6.148,08, no mês 02/2002, conforme alegado pelo defendant, que apresentou o entendimento de que os autuantes deduziram o mencionado valor do imposto constante no presente lançamento. Entretanto, no demonstrativo de débito se constata que não houve qualquer dedução, o que também não consta na revisão efetuada pelos autuantes.

Entendo que não pode ser acatado o pedido de dedução apresentado pelo contribuinte, tendo em vista que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais, podendo o defendant requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou apresentar pedido de restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96. Mantida a exigência fiscal.

Como já foi dito anteriormente, as infrações 09 e 15 serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que o autuado se reservou no direito de combatê-las simultaneamente.

Infração 09: Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Saídas de GLP nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e de janeiro a dezembro de 2003, conforme Demonstrativo Anexo I – fls. 212 a 216.

Infração 15: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Créditos de ativo imobilizado, 1/48, no período de janeiro de 2002 a outubro de 2007, conforme Demonstrativo Anexo N – fl. 588.

O autuado não negou a existência do fato apurado pela fiscalização, ao alegar que não adquire GLP e sim bens e mercadorias que, submetidos ao processo de industrialização de outros produtos, a exemplo do eteno, geram o GLP de forma involuntária. Assim, o defendant entende que o dispositivo do RICMS/BA dito como infringido prevê a hipótese de estorno de crédito decorrente das aquisições de mercadorias objeto de integração, consumo ou emprego em processo de industrialização, quando a operação subsequente for não tributada ou estiver isenta do imposto, ou seja, o legislador previu o estorno do crédito na hipótese de a própria mercadoria ser posteriormente revendida com isenção do imposto ou redução de base de cálculo. Afirma que o contribuinte só deve proceder ao estorno de créditos decorrentes das entradas de insumos integrados, consumidos ou empregados no processo de industrialização de mercadoria, quando a operação subsequente com o produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, e o mesmo raciocínio se aplica às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado. Diz que o valor das operações de venda do GLP é tão insignificante em relação ao faturamento global que acaba por confirmar no sentido financeiro e econômico o seu caráter de subproduto. Reafirma que o GLP é assim considerado, não apenas por ser produzido independente da vontade do autuado; tem baixa representatividade da sua receita de vendas, se comparada com o total de vendas dos produtos principais do impugnante.

Os autuantes dizem que não procedem as alegações do defendant de que o GLP é gerado de forma involuntária, considerando que o mencionado produto tem como origem as mesmas matérias primas e insumos cujos créditos foram utilizados.

Observo que o subproduto é obtido a partir dos resíduos resultantes da fabricação de um produto principal e, no caso em exame, o autuado afirma que o GLP é obtido a partir do processo de industrialização de outros produtos, a exemplo do eteno.

A exigência de estorno de crédito encontra amparo na Lei Complementar nº 87/96 e na Lei 7.014/96, e tal previsão tem embasamento na Constituição Federal - art. 155, § 2º, o inc. II, letras “a” e “b”, abaixo reproduzido:

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

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

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

I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;"

A Lei Complementar 87/96 em seu art. 21, inciso I, dispõe:

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

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

A Lei 7.014/96 trata dessa questão no mesmo sentido, ao estabelecer:

Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

Quanto às operações efetuadas com redução da base de cálculo, o art. 100, inciso II do RICMS/BA, estabelece que “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, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução”

Assim, entendo que não assiste razão ao defendantem em relação à falta de estorno do crédito fiscal, haja vista que os dispositivos legais acima reproduzidos estabelecem a obrigatoriedade de o sujeito passivo estornar o imposto que for objeto de saída não tributada, isenta ou com redução de base de cálculo. O fato ter baixa representatividade na receita de vendas, se comparada com o total de vendas dos produtos principais do impugnante não exime o contribuinte de recolher o imposto devido. Por isso, os autuantes apuraram a proporcionalidade do produto objeto da autuação, em relação às vendas totais efetuadas, e calcularam o estorno proporcional, conforme determinado previsto no RICMS/BA. Portanto, concluo pela subsistência destas infrações, tendo em vista que é devido o estorno de crédito proporcional à saída com redução da base de cálculo, por força da norma constante da legislação.

Infração 10: Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, nos meses de abril e agosto de 2002, conforme Demonstrativo Anexo J (fls. 221/222)

O defensor alega que promoveu uma vasta busca em seus arquivos, tendo localizado os documentos fiscais apontados pela fiscalização. Diz que ao analisar as mencionadas notas fiscais, constatou que uma delas foi emitida, exclusivamente, para fins de complementação de preço decorrente da variação cambial entre o dólar faturado e o dólar médio considerado em outras notas fiscais emitidas para a Zona Franca de Manaus, nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, conforme observação constante na parte inferior da NF 214189. Portanto, a nota fiscal em comento não embasou quaisquer operações de remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus. Quanto à NF 192628, o impugnante informa que até a data da apresentação da defesa, não conseguiu localizar, nem obter junto à empresa destinatária, a documentação comprobatória do internamento na SUFRAMA, das mercadorias remetidas.

Este item foi objeto de diligência fiscal efetuada por preposto da ASTEC. De acordo com o PARECER ASTEC N° 085/2009 (fls. 991 a 993), o autuado foi intimado a apresentar os documentos necessários ao cumprimento da diligência solicitada, tendo sido informado pela diligente que em relação à NF 214189, o autuado apresentou cópia do documento fiscal e dos lançamentos contábeis, comprovando que o referido documento foi emitido pela Braskem em 07/04/2003, tendo como destinatário a Engepack, no valor de R\$72.560,87, decorrente da variação cambial entre o dólar faturado e o dólar médio das notas fiscais emitidas entre o mês de janeiro e fevereiro de 2003, e que em razão do não pagamento da duplicata de nº 214189/01, com vencimento em 20/06/2003, foi registrado no livro Razão Geral o estorno desse lançamento.

Assim, diante da comprovação do estorno do lançamento contábil da fatura emitida através da NF 214189, a diligente informa que o débito originalmente apurado após informação fiscal, fica reduzido para R\$4.986,13.

Na manifestação apresentada às fls. 1609/1617, o defensor diz que foi mantido apenas o valor de R\$4.986,13, correspondente à operação lastreada pela NF 192268. Quanto ao mencionado documento fiscal, permanece tentando obter junto aos destinatários localizados na zona incentivada, os idôneos documentos que comprovam o ingresso das mercadorias na referida zona de exceção fiscal. Assim, considerando a falta de comprovação reconhecida pelo sujeito passivo, acato as conclusões do preposto da ASTEC e conluso pela procedência parcial desta infração, no valor de R\$4.986,13.

Infrações 11, 12, 13 e 18:

Infração 11: Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente às notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e de janeiro a agosto, novembro e dezembro de 2003, conforme Demonstrativo Anexo K (fls. 231 a 244 e 397/398). Multa de 10% do valor das mercadorias.

Infração 12: Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, referente às notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT, nos meses de janeiro a maio, julho, agosto, setembro e novembro de 2002; janeiro, março, abril, junho de 2003, conforme Demonstrativo Anexo L (fls. 231 a 244). Multa de 1% do valor das mercadorias. Multa de 1% do valor das mercadorias.

Infração 13: Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme circularização efetuada, nos meses de janeiro a dezembro de 2002 e janeiro a dezembro de 2003, conforme Anexo M (fls. 500/501 e 596/659). Multa de 10% do valor das mercadorias

Infração 18: Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, de acordo com o registro fiscal de fornecedores (arquivo SINTEGRA), nos meses de janeiro a dezembro de 2002, conforme Anexo P (fls. 596/659). Multa de 1% do valor das mercadorias.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

Nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, os valores foram exigidos nos exercícios de 2002 e 2003 com as multas calculadas sobre os respectivos valores das mercadorias, sendo 10% para as mercadorias tributáveis e 1% para as mercadorias não sujeitas à tributação, tendo sido indicadas as notas fiscais objeto da autuação e apurado o montante exigido em relação a cada documento fiscal.

O defendente alega que a falta de escrituração das notas fiscais listadas nos anexos K, L, M e P não decorreu de conduta dolosa, fraudulenta ou dissimulada, tampouco gerou qualquer prejuízo ao Erário. Esclarece que ao longo dos anos de 2002 e 2003 o defendant, antes denominado Copene Petroquímica do Nordeste S/A, passou por profundas alterações em sua Administração, tendo sido alterada a sua razão social, passando a denominar-se Braskem S/A, e que além das alterações societárias o quadro de pessoal também passou por uma relevante reestruturação, de forma que novos profissionais foram contratados e outros foram desligados de suas funções e a despeito de o autuado não ter medido esforços para dar seguimento normal às suas atividades, alguns de seus deveres instrumentais não foram cumpridos a contento, a exemplo de algumas notas fiscais de entrada que foram extraviadas, consequentemente, deixaram de ser escrituradas no respectivo livro fiscal.

O autuado também alega que ao não registrar tais entradas deixou de se creditar do imposto, nas hipóteses em que é autorizado o crédito fiscal, ou seja, tal equívoco trouxe prejuízo ao próprio autuado. Cita como exemplo a NF 24778, emitida pela Petrobrás, que se refere a operação de aquisição de insumo (nafta), operação que nos termos da legislação, gera direito ao crédito do imposto. Informa que a mencionada nota fiscal foi contabilizada e lançada no sistema operacional do impugnante denominado BAAN e os livros fiscais de entrada são gerados por outro sistema, denominado MASTERSAF.

O impugnante salienta que o CONSEF vem proferindo decisões pelo cancelamento de multas, conforme exemplo que citou, transcrevendo a ementa, e que, restando ultrapassado esse argumento anterior, os itens 11 e 13 da autuação devem ter substancial redução do valor que está sendo exigido, uma vez que a fiscalização considerou, equivocadamente, operações de entrada não tributáveis como se assim fossem, ou seja, operações não tributadas foram capituladas pela fiscalização como tributáveis. Diz que analisando o Anexo M (item 13) constatou que a quase totalidade das notas fiscais nele consignadas foram emitidas pela empresa Terminal Químico de Aratu S/A – TEQUIMAR, Vopak Brasil S/A e Tegal Terminal de Gases Ltda., empresas que, conforme se constata nos respectivos comprovantes de inscrição e de situação cadastral, são Armazéns Gerais. Comenta sobre as operações de remessa e retorno de mercadorias de armazéns gerais, citando os arts. 6º, VI, 668, a 670, parágrafo 2º do RICMS/BA, e diz que o legislador estadual excluiu da hipótese de incidência do ICMS a remessa para armazéns gerais e o retorno ao estabelecimento depositante.

Em relação ao item 11 da autuação fiscal, o defendant diz que analisando o Anexo K, constatou que diversas notas fiscais nele consignadas se referem a operações de entrada de mercadorias não tributadas, pelos mais diversos motivos. Em seguida, o defendant passa a contestar a exigência do imposto neste item da autuação, agrupando as notas fiscais listadas pelo autuante, de acordo com a hipótese de não tributação. Assim, o defendant cita a hipótese de não incidência do ICMS prevista no RICMS/SP. Diz que a fiscalização cometeu equívoco ao considerar como tributáveis as operações consubstanciadas nas Notas Fiscais de números 216848, 7438, 7439, 3869, 1053, 604, 16524, 6475 e 7019; hipóteses previstas no RICMS/RS: Diz que analisando as NFs 67815,70988 e 70989, constatou que estas notas fiscais também não acobertaram operações comerciais sujeitas à tributação do imposto, conforme art. 55, I do RICMS/RS; hipótese prevista no

RICMS/BA: No que tange às operações acobertadas pelas Notas Fiscais de números 51388, 53999, 54158 e 55641, assegura que em relação a tais operações não há incidência do ICMS, conforme dispõem os arts. 6º, inciso IV “c”; 668 e 670 do RICMS/BA. Portanto, quanto às infrações 11 e 13, caso não seja acolhido o cancelamento da multa, o defendant pede que seja reduzida ao percentual de 1% nos termos do inciso XI do art. 42 da Lei 7.014/96.

Quanto ao pedido de cancelamento das multas exigidas, não acato, tendo em vista que em relação às aquisições de mercadorias, a legislação estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, punível com multa, e não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/99.

Considerando as alegações apresentadas pelo defendant, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC (fl. 1645), para Auditor Fiscal estranho ao feito refazer os demonstrativos das infrações 11 e 13, calculando a multa de 1% sobre as operações não tributáveis, alegadas pelo autuado, mantendo quanto às demais operações, a multa de 10%.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 211/2010, para a infração 11 foi utilizado o demonstrativo da fl. 397 (anexo K) e excluídas as multas de 10% de todas as notas fiscais reclamadas, e incluídas as multas correspondentes a 1%, mantendo-se as demais notas fiscais sem alterações, o que resultou na planilha elaborada à fl. 1648. Quanto à infração 13, cujo anexo M encontra-se à fl. 500, informa que o demonstrativo apresenta apenas as notas fiscais do exercício de 2003, e as notas fiscais anexadas como prova se reportam ao mencionado exercício, embora no Auto de Infração constem valores lançados referentes também ao exercício de 2002. Portanto, o cumprimento da diligência ficou restrito ao exercício de 2003. O diligente concluiu informando que o débito da infração 11, de R\$176.665,41 ficou reduzido para R\$109.444,79. O valor originalmente reclamado para a infração 13, de R\$3.120.977,78 fica reduzido para R\$615.776,84, após as alterações das multas exigidas.

Observo que o autuado não acatou expressamente os novos valores apurados no PARECER ASTEC Nº 211/2010, alegando, apenas, que em decorrência dos ajustes realizados pelo diligente houve redução significativa do débito apurado, e que ainda remanescem valores exigidos em relação aos itens 11 e 13, que também não merecem prosperar, devendo ser cancelados pela Junta de Julgamento Fiscal, por força do quanto previsto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, “eis que a sua manutenção viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Não acato o pedido formulado pelo defendant para que seja reduzida ou cancelada a multa exigida, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/99. Por outro lado, não se pode dizer que o descumprimento da obrigação acessória não trouxe prejuízo à fiscalização.

Acatando as conclusões apresentadas no PARECER ASTEC Nº 211/2010, concluo pela procedência parcial das infrações 11 e 13, ficando reduzido o débito apurado em cada infração, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo diligente às fls. 1648 (infração 11) e 1649 (infração 13). Mantidas as exigências das multas constantes das infrações 12 e 18.

Infração 16: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a mais nos documentos fiscais, decorrente de erro na aplicação da alíquota, nos meses de março, agosto e novembro de 2002.

O defendant não apresentou contestação, exceto em relação à decadência, considerando que os valores exigidos têm como datas de ocorrência 31/03/2002, 31/08/2002 e 30/11/2002. Portanto, neste

item, o autuado não contestou os dados numéricos nem o mérito da autuação, haja vista que apresentou alegações somente quanto à decadência, considerando que os fatos geradores do imposto exigido se referem ao exercício de 2002. Esta alegação já foi apreciada neste voto como preliminar, ficando rejeitado o pedido de decadência porque não houve o decurso do prazo decadencial. Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	893,16	-
02	PROCEDENTE	58.077,17	-
03	PROCEDENTE	6,57	-
04	IMPROCEDENTE	-	-
05	PROCEDENTE	17.264,49	-
06	PROCEDENTE	84.303,31	-
07	PROCEDENTE	70.977,66	-
08	PROCEDENTE	2.316,37	-
09	PROCEDENTE	1.812.751,98	-
10	PROCEDENTE EM PARTE	4.986,13	-
11	PROCEDENTE EM PARTE	-	109.444,79
12	PROCEDENTE	-	11.044,15
13	PROCEDENTE EM PARTE	-	615.776,84
14	PROCEDENTE	3.120.977,78	-
15	PROCEDENTE	19.394,22	-
16	PROCEDENTE	2.799,42	-
17	PROCEDENTE	371.304,78	-
18	PROCEDENTE	-	240.902,69
TOTAL	-	5.566.053,04	977.168,47

VOTO DIVERGENTE – ITENS 9º e 15

Divirjo da interpretação do nobre Relator acerca dos lançamentos dos itens 9º e 15.

Prevê o art. 100, II, do RICMS que o contribuinte deve estornar o crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias sempre que estas forem objeto de operação subsequente com redução da base de cálculo, devendo o valor do estorno ser proporcional à redução. Entendo que a interpretação do inciso II combinado com a cabeça do artigo deve ser esta: mercadorias adquiridas para revenda e insumos destinados à produção não podem na operação ou operações subsequentes com as mercadorias adquiridas ou com os produtos resultantes da produção ter base de cálculo inferior à da operação de aquisição. Considero que as operações subsequentes devem ser entendidas em seu conjunto, de modo que, somadas todas as operações de revenda ou todas as operações com os produtos resultantes da industrialização da mercadoria adquirida, a base de cálculo de tais revendas ou dos produtos resultantes da industrialização, englobadas, não seja inferior à base de cálculo da aquisição das mesmas mercadorias ou dos insumos, conforme o caso.

Na situação em exame, a empresa adquire insumos que são empregados na fabricação de vários produtos. Ainda que em relação a um desses produtos haja redução de base de cálculo, se no cômputo geral das saídas dos produtos fabricados a base de cálculo dos produtos resultantes dos insumos é superior à da aquisição desses insumos, não considero razoável dizer-se que a base de cálculo das saídas foi inferior à da entrada.

A finalidade de tal previsão regulamentar é no sentido de evitar acúmulo indevido de créditos fiscais. Por conseguinte, considerando-se que as saídas dos produtos resultantes da

industrialização ocorrem com bases de cálculo que, em conjunto, são superiores à base de cálculo da entrada dos insumos, obviamente não haverá acumulação de créditos.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA dos lançamentos objeto dos itens 9º e 15. Quanto aos demais, acompanho o voto do nobre Relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, exceto quanto às infrações 09 e 15, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299904.0002/07-9, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.566.053,04**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.495.075,38 e 150% sobre R\$70.977,66, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “e” e “f”; VII “a” e “b” e inciso V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$977.168,47**, prevista no art. 42, incisos IX e XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE INFRAÇÕES 9 e 15

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA