

**A. I. Nº** - 271330.0002/06-5  
**AUTUADO** - BRASKEM S/A  
**AUTUANTE** - JORGE VICTOR GRAVE e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 10/06/2011

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0113-03/11**

**EMENTA: ICMS. 1. REMESSAS DE MERCADORIAS PARA ARMÁZEM GERAL FORA DO ESTADO. FIXAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO EM VALOR INFERIOR AO PREÇO DE VENDA PRATICADO PELO REMETENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Ficou confirmado que o contribuinte realizou operações de saídas para armazém geral em outra unidade da Federação com valor inferior ao praticado nas vendas na praça remetente. Refeitos os cálculos mediante diligência realizada pela ASTEC, o débito originalmente apurado ficou reduzido. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infração comprovada.** **3. IMPORTAÇÃO. a) MERCADORIAS NÃO AMPARADAS PELO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO.** Os cálculos foram refeitos por meio de diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, ficando reduzido o débito apurado. **b) FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS.** Os cálculos foram refeitos pela ASTEC para excluir despesas de capatazia computadas em duplicidade e incluir pagamentos complementares não considerados, ficando reduzido o valor exigido. **c) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** O demonstrativo de débito elaborado pelo autuante não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. **Infração nula.** **4. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO PAÍS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Autuado não comprovou a saída das mercadorias do país. **Infração subsistente.** **5. DOCUMENTOS FISCAIS. SERVIÇO DE TRANSPORTE. a) OPERAÇÃO SOB A CLAUSULA CIF. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Incluem-se na base de cálculo do ICMS, nas operações internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, inclusive, seguros, fretes e quaisquer outros acréscimos pagos ou debitados ao destinatário da mercadoria, inclusive, o valor cobrado em separado. **Infração comprovada.** **b) OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA.** Não ficou comprovada nos autos a existência de serviço de transporte que ensejasse a incidência do ICMS. **Infração insubsistente.** **5. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA.** Não ficou comprovada nos autos a existência do conhecimento de transporte de cargas no transporte de eteno para AL, solicitada na intimação. **Infração insubsistente. Rejeitada a**

preliminar de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2006, refere-se à exigência de R\$11.559.331,15 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$600,00, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias tributadas para armazenagem em outras unidades da Federação com o valor da operação inferior ao valor das vendas na praça remetente, nos exercícios de 2002 a 2004. Valor do débito: R\$3.631.151,76.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS em função das aquisições de material de uso/consumo do estabelecimento terem gerado crédito fiscal (com tratamento de ativo fixo), sendo apropriado mensalmente 1/48 do valor do imposto destacado e acrescido do valor da diferença de alíquota, nos exercícios de 2001 a 2006. Valor do débito: R\$2.107.943,63.
3. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos exercícios de 2001 a 2004. Importações de mercadorias não amparadas pelo benefício fiscal da redução, permitida pelo Convênio 52/91, em função da classificação fiscal (NCM/NBM) das mercadorias discriminadas nas DI's não estarem relacionadas nos anexos do mencionado Convênio. Valor do débito: R\$2.800.243,76.
4. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço e pela utilização incorreta da taxa cambial. Apuração a menos da base de cálculo do ICMS na importação de nafta e de óleos brutos de petróleo (condensado), por aplicação de taxa de conversão cambial distinta da empregada pela Receita Federal na apuração dos tributos federais, não amparada por DI retificadora da taxa cambial. Utilização, ainda, de PIS e Cofins diversos dos apurados pela Receita Federal na DI 04/1277142-4, que embora tenha sido apresentada DI retificadora não modificou os valores dos tributos apurados na DI original. Valor do débito: R\$1.605.843,08.
5. Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Valor do débito: R\$60.065,38.

Conforme descrição dos fatos, foi constatada a falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadoria tributada (catalizador paladium), que ingressou no território nacional através da DI 01/1174472-0 (NF1511 de 17/12/2001) em que se processou o retorno de material saído para reparo através da NF 129340 de 02/01/2001. Ocorre que na adição da DI citada tem-se 8,1576 kg de Paladium como importação normal que não teve o respectivo valor de ICMS recolhido.

6. Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. Valor do débito: R\$3.504,55.
7. Deixou de recolher o ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada. Emissão de nota de débito na efetivação de cobrança de valores de complementação de serviço de transporte em vendas CIF, tendo sido debitados os valores aos clientes e não oferecidos à tributação do ICMS. Valor do débito: R\$512.533,75.

8. Deixou de apresentar Documentos Fiscais, quando regularmente intimado. Falta de apresentação de Conhecimento de Transporte de Rodoviário de Cargas relativo ao transporte de eteno para AL, via dutovia, sendo exigida a multa no valor de R\$600,00.
9. Deixou de recolher ICMS em razão de prestação de serviço de transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada. Transporte de eteno de Camaçari para Alagoas via dutovia, por meio de terceiro, sem recolher a substituição tributária sobre o serviço. Valor do débito: R\$838.045,24.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 537 a 679), discorre, inicialmente sobre as infrações; apresenta preliminar de decadência em relação aos créditos tributários relativos ao exercício de 2001, com base no art. 150, § 4º, e do art. 156, VII, do CTN, que transcreveu às fls. 545/546. Quanto a este tema, transcreve acórdão e parte do voto do STJ, proferido pela Ministra Eliana Calmon. Reproduz, também, ementa do RESP 276142/SP, da lavra do Ministro Luiz Fux, além de decisões do Conselho de Contribuintes da Receita Federal. Assim, o defendente entende que parte das quantias objeto do presente Auto de Infração não pode ser exigida, considerando a decadência de o Fisco Estadual efetuar o respectivo lançamento, e considerando a hipótese de a preliminar ser desconsiderada por este órgão julgador, o autuado afirma que demonstrará a idoneidade dos seus procedimentos. Quanto à primeira infração, o defendente reproduz os artigos do RICMS-BA, apontados no Auto de Infração como violados, e alega que a fiscalização não especificou o inciso do art. 56 em que estão enquadradas as operações de remessa de mercadorias para armazenagem em outras unidades da Federação, o que no entender o impugnante já configura nulidade do item em questão, e por zelo, diz que fez uma análise das disposições do mencionado artigo para identificar qual a base de cálculo aplicável a tais operações. Assegura que a operação em comento está enquadrada na hipótese genérica do inciso III, do citado art. 56, e como nas operações de remessa para armazenagem não ocorre a transferência de propriedade da mercadoria remetida, não há valor a ser atribuído à operação, ao contrário do que ocorre quando são realizadas vendas para os clientes, situação em que se transfere a propriedade da mercadoria. Salaria que o estabelecimento autuado é industrial, e a base de cálculo a ser adotada nas suas remessas para armazéns gerais deve corresponder à prevista na alínea “b”, do inciso III, qual seja, o preço FOB de estabelecimento industrial à vista, devendo ser observado o disposto no parágrafo primeiro do mesmo art. 56, que transcreve na fl. 560 do PAF. Portanto, o defendente alega que a apuração do débito exigido no presente lançamento está em desacordo com as disposições regulamentares, e que devem ser verificadas as peculiaridades que envolvem as operações com armazéns gerais localizados fora do Estado. Aduz ainda, que no levantamento fiscal, além de não ter sido apurado o valor da operação com base nos critérios citados anteriormente, houve erros materiais que agravaram a exigência fiscal, que devem ser imediatamente corrigidos por meio de revisão de ofício, tendo em vista que foram adotados pela fiscalização os seguintes procedimentos na apuração do débito relativo à primeira infração:

- a) listou todas as remessas efetuadas para armazém fora do Estado nos anos de 2002 a 2004, e verificou o valor unitário de cada produto remetido, através da divisão do valor total da remessa pela quantidade da mercadoria remetida;
- b) apurou o preço unitário de venda mensal de cada produto remetido para armazenagem;
- c) verificou a diferença entre o preço unitário médio de venda mensal e o valor unitário utilizado nas remessas para armazenagem;
- d) a partir da diferença apurada, foi encontrada a base de cálculo do ICMS exigido, mediante a multiplicação pela quantidade de produtos remetida, tendo sido aplicada a alíquota de 12% sobre a base de cálculo apurada.

Alega que o equívoco da fiscalização consiste na inclusão de notas fiscais que acobertavam outras operações que não a remessa para estocagem, além de notas fiscais canceladas. Assim,

restaram autuadas saídas efetuadas pelo defendente a título de remessa em consignação, remessa para testes, remessa para entrega futura, dentre outras, além de notas fiscais de remessa para armazenagem que foram canceladas, conforme documentos 03 a 10 (fls. 705 a 723 e de 913 a 1090 do PAF). Pede que sejam excluídas do cálculo do imposto exigido as mencionadas notas fiscais, considerando que a infração apurada diz respeito apenas às remessas para estocagem e não, toda e qualquer operação de remessa de produtos efetuada pela empresa. Além dos equívocos mencionados anteriormente, o defendente afirma que a fiscalização comparou o valor unitário praticado nas remessas para armazenagem com o preço médio mensal de venda do produto, e não com o preço de venda FOB à vista mais recente, como determina o RICMS-BA e, ao apurar o preço médio unitário de vendas mensal, considerou tanto as notas fiscais de vendas interestaduais tributadas à alíquota de 12%, quanto as tributadas à alíquota de 18%, o que distorce os resultados obtidos. Considerando que o ICMS é calculado “por dentro”, o impugnante inclui no preço unitário de venda dos seus produtos o ICMS incidente nas operações de venda. Se as vendas forem internas é incluído o imposto correspondente a 17%, e sendo interestaduais, 12%. Se for interestadual, mas o produto for retirado de armazém em São Paulo para cliente em São Paulo, a tributação é de 18%, e em tal circunstância, os preços unitários de venda praticados são maiores do que os preços praticados nas operações interestaduais com tributação do imposto a 12%. Portanto, o defendente alega que a apuração do imposto exigido nesta infração, além de estar em descompasso com a legislação em vigor, está calcada em critérios que não se mostram aptos para comprovar que efetivamente houve remessas para armazenagem com a utilização de base de cálculo inferior à prevista na legislação. O defendente reafirma as alegações quanto ao art. 56, inciso III, alínea “b”, do RICMS-BA; assegura que o armazém geral situado em São Paulo, ao receber as mercadorias remetidas para estocagem, escritura o crédito fiscal da remessa em seu livro Registro de Entradas, no montante equivalente a 12% e, quando a mercadoria depositada é vendida a clientes da região, a remessa do armazém geral para o destinatário naquele Estado é tida como operação interna. Por isso, o imposto é destacado e debitado à alíquota de 18%. Neste caso, além da nota fiscal emitida pelo armazém para o destinatário dos produtos com destaque do imposto à alíquota de 18%, o defendente também emite nota fiscal de venda aos clientes de São Paulo, sem destaque do imposto, porém com o preço de venda idêntico ao valor constante na nota fiscal emitida pelo armazém geral, tudo em conformidade com o art. 673, do RICMS-BA. Portanto, o valor unitário do produto para o armazém geral está onerado com a incidência do imposto à alíquota de 12%, enquanto o preço unitário de venda do produto armazenado está onerado com a alíquota correspondente a 18%. Por sua vez, o impugnante deve ressarcir o armazém geral da diferença entre os 18% debitados na saída dos produtos e os 12% creditados quando do recebimento das mercadorias. Caso a comparação do preço unitário da remessa seja feita com uma nota fiscal de venda interestadual em que a mercadoria esteja depositada, o defendente entende que é preciso expurgar do valor unitário o ICMS de 18% e incluir o imposto de 12%, para que se possa comparar situações iguais, tendo em vista que a base de cálculo relativa à remessa para o armazém geral está aumentada. Assim, é importante que, nas comparações do valor de remessa com o preço de venda originado de armazém geral, seja expurgado deste o ICMS de 18% e incluído o imposto de 12%, para que as bases de comparação sejam idênticas. Diz que as operações de remessa e retorno do armazém não deveriam jamais ser tributadas, conforme entendimento do Egrégio STJ, no Acórdão transcrito à fl. 673 do presente processo. Salienta que os Estados da Federação atribuem ao armazém geral a condição de contribuinte do ICMS, obrigando-o, indevidamente, a apurar créditos e débitos fiscais, e tal aberração finda por causar distorções, como evidenciado neste PAF. Assegura que, se for comparado o valor unitário das remessas com o preço praticado nas notas fiscais de venda das mercadorias depositadas, pode-se chegar à conclusão de que as remessas foram efetuadas por valor inferior, o que ocasionou a lavratura do presente Auto de Infração. Diz que a legislação não elegeu uma base de cálculo específica para as operações de remessas para armazéns fora do Estado, tendo as mesmas que se adequarem às disposições genéricas do inciso III, do art. 56, do RICMS-BA. Se fosse cobrada dos clientes do defendente a diferença do ICMS lançada pelo Estado da Bahia, neste caso poderia ser

exigida uma nova diferença de ICMS, tendo em vista que o preço cobrado pelo impugnante se distanciaria mais ainda da base de cálculo utilizada na remessa para o armazém geral. Indica como pode ser feito o ajuste, e afirma que devem ser excluídas, também, as despesas com frete incluídas no preço unitário dos produtos, já que a comparação deve ser feita com o preço FOB e não o preço CIF. Após os ajustes, deve ser promovida a comparação do preço unitário de venda ajustado com o valor unitário de remessa para armazenagem, conforme indica à fl. 579 do PAF. Esclarece que está efetuando os levantamentos necessários para comprovar que as suas remessas para armazenagem não foram menores do que os seus preços de vendas, e que, diante da complexidade dos levantamentos que estão sendo efetuados para demonstrar a lisura dos seus procedimentos, o autuado assegura que não foi concluído em tempo hábil para acompanhar a sua impugnação inicial, se comprometendo a anexá-lo posteriormente, em sede de razões complementares. Pede a improcedência deste item do Auto de infração.

Infração 02: O autuado informa que no exercício de suas atividades, adquire bens destinados à consecução de projetos de ampliação e modernização de seu parque fabril, que integram o seu ativo imobilizado, se apropriando dos créditos fiscais correspondentes, conforme autorizado pela legislação em vigor. Mas, os autuantes exigem o imposto de forma equivocada, tendo em vista que os bens adquiridos, além de terem sido registrados em seu ativo imobilizado, em estreita obediência às normas técnicas de contabilidade, possuem características de bens desta natureza (ativo), que na sua maioria, foram adquiridos para compor o maquinário do seu parque fabril em virtude da implementação de projetos de modernização e ampliação executados no período compreendido entre 2001 e 2006. Cita o art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, e diz que a Lei Maior excepciona expressamente os casos em que não é aplicada a regra geral e essa linha de raciocínio se estende às aquisições de bens ou mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, inexistindo óbice ao uso do crédito fiscal decorrente destas operações. Reproduz o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, e afirma que o RICMS-BA, buscando conceitos da legislação federal a respeito da caracterização de bem do ativo imobilizado, convalida o direito ao crédito fiscal decorrente da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, conforme art. 93, que transcreveu na fl. 583 do PAF, concluindo que tem direito ao aproveitamento do crédito fiscal decorrente da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, exceto se esses bens forem empregados em atividade alheia ao objeto social do estabelecimento. Reproduz ensinamentos de Rogério Pires da Silva, quanto à questão relativa a “mercadoria alheia à atividade do estabelecimento”, e tece comentários sobre o que vem a ser “bem do ativo fixo” ou “imobilizado” para, em seguida, afirmar que os bens objeto da autuação elencados no levantamento fiscal foram adquiridos para integrar o ativo imobilizado e estão vinculados à atividade do estabelecimento, ensejando o creditamento do ICMS anteriormente pago. Transcreve o art. 179, da Lei 7.014/96 e definição do que seja um bem do ativo imobilizado, conforme Instituto Brasileiro de Contadores (IBRACON). Argumenta que a fiscalização, ignorando os conceitos citados, procedeu à glosa dos créditos decorrentes da aquisição de peças, que, se olhados separadamente e superficialmente, podem parecer material de uso e consumo do estabelecimento. Afirma que os conjuntos de peças, além de terem sido registrados pelo impugnante no seu ativo imobilizado, o que pode ser comprovado mediante diligência fiscal, possuem características de bens desta natureza, tendo em vista que foram adquiridos para compor o maquinário do seu parque fabril, em virtude da implementação dos diversos projetos de ampliação e modernização. Foram listados à fl. 588 os mencionados projetos e assegura que além de estarem relacionados à atividade fim do defendente, ocasionaram aumento da vida útil da planta industrial e de sua capacidade produtiva. Diz que está realizando trabalho de vinculação das notas fiscais objeto da autuação aos citados projetos, já tendo concluído parte desse levantamento, conforme documento 11 (fls. 1091 a 1117). A respeito da contabilização das peças de reposição no ativo imobilizado, transcreve à fl. 589, trecho do Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações, e informa que deixou de juntar cópia do livro Razão que atesta o registro contábil das notas fiscais em questão, devido ao grande volume de tal documentação, mas que está à disposição da fiscalização no seu estabelecimento, e sua análise conduzirá à

conclusão de que essas notas fiscais estão vinculadas aos projetos citados anteriormente, pelo que, faz jus ao creditamento do imposto.

Infração 03: Inicialmente, informa que importou diversas máquinas, equipamentos e aparelhos industriais, que se encontram listados no levantamento fiscal, para viabilizar a consecução de sua atividade, e todas as mercadorias importadas devem ser identificadas através de uma classificação tarifária, que tem por finalidade identificar fisicamente o produto e classificá-lo quanto aos tributos aduaneiros a serem pagos. Diz que ao preencher as Declarações de importação, indicou a classificação das mercadorias com base apenas na NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul), embora devesse ter indicado também a classificação com base na NBM (Nomenclatura Brasileira de Mercadorias). Assim, no campo destinado à indicação do código NBM, por equívoco, foi consignado o código na NCM, que acabou levando os autuantes à conclusão de que as mercadorias importadas pelo defendente não são beneficiadas pela redução de base de cálculo, tendo em vista que o Convênio ICMS 52/91, no Anexo I, adota os códigos da NBM, partindo dos códigos de NCM consignados nas Declarações de Importação. Entende que a única forma de se aferir se as mercadorias objeto da autuação estão ou não beneficiadas pela redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, é identificar quais as suas classificações tarifárias com base na NCM para, em seguida, localizá-las no Anexo do mencionado convênio. Em relação à DI 01/0179726-0, Doc 12 (fls. 1118 a 1132), diz que foram importadas diversas mercadorias, dentre as quais, dois COMPRESSORES CENTRÍFUGOS EX, e um COMPRESSOR CENTRÍFUGO LX. As mencionadas mercadorias encontram-se classificadas na NCM sob o código 8414.80.33, informação indicada no campo “Classificação Tarifária”. No campo onde deveria ter sido indicado o código NBM da mercadoria, que corresponde a 8414.80.0404, por equívoco, foi reproduzido pelo defendente o código NCM, já mencionado. Afirma que mercadorias distintas não podem ser classificadas pelo mesmo código, e por isso, deduz-se que o código da mercadoria em questão é efetivamente, 8414.80.0404 e não 8414.80.0403. Transcreve Acórdão da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, e salienta que a relação do Anexo I, do Convênio ICMS 52/91 não foi reproduzida no Anexo 5 do RICMS-BA, que identificou COMPRESSORES DE GASES CENTRÍFUGOS como mercadoria abrangida pelo benefício da redução de base de cálculo, identificando-os através do código 8414.80.0404. O autuado salienta, também, que sendo reconhecido o seu direito à redução da base de cálculo da mercadoria integrante da Adição 005, da mencionada DI, chega-se à conclusão de que o valor que recolheu a título de ICMS supera o valor exigido pelos autuantes, conforme demonstrativo que elaborou à fl. 600. Assegura que em relação às DIs 01/0444900-9 e 01/0674746-5, também não é devido o imposto exigido. Quanto às DIs 01/0567406-5, 04/0571964-1 e 04/0748819-1, diz que foram realizadas importações de, respectivamente, 01 Trocador de Calor Tubular EA-1503, 01 Trocador Tubular Metálico e 01 Trocador Tubular Metálico, todos identificados pelo NCM 8419.50.21 e NBM 8419.50.9999. O defendente identificou as demais Declarações de Importações relativas a mercadorias objeto da autuação, alegando, ainda, que constatou os seguintes erros materiais cometidos pela fiscalização:

- DI 01/0444900-9: No cálculo do ICMS, embora os autuantes pretendessem exigir o imposto em razão da importação acobertada pela NF 1015, descrita na Adição 019, indicaram no campo A “valor CIF em dólar”, o valor correspondente ao total das mercadorias importadas através da mencionada DI, cuja importação foi acobertada pela NF 1015, e também pela NF 1013. Além de utilizar valores de mercadoria, frete, seguro, IPI e II correspondentes à totalidade das importações realizadas através da mencionada DI, os autuantes utilizaram no campo ICMS recolhido, somente o valor do imposto referente à NF 1015, ignorando o imposto recolhido através da NF 1013 (fl. 1215), devendo ser realizados os necessários ajustes.

- DI 01/0541975-8: Embora tenha sido realizada a redução da base de cálculo do ICMS na operação acobertada pela Nota Fiscal nº 951, os autuantes consignaram na Coluna A “Valor do CIF em dólar”, a quantia de US\$ 136.781,24, que corresponde ao valor CIF total das mercadorias importadas através da mencionada DI. Os autuantes apenas consideraram na coluna ICMS

recolhido, apenas o valor apontado na NF 951, ignorando o imposto recolhido através da NF 950, bem como o recolhimento efetuado através da Nota Fiscal Complementar de nº 984.fl. 1216).

- DI 01/0095848-4: à semelhança do que ocorreu nos casos anteriores, a importação da mercadoria foi acobertada pela Nota Fiscal 2316, tendo sido recolhido o imposto sem qualquer redução em sua base de cálculo, e os autuantes além de utilizarem os valores de mercadoria, frete, seguro, IPI e II correspondentes à totalidade das importações acobertadas pelas NFs 2316 e 2312, indicaram no campo ICMS recolhido somente o valor constante na NF 2312, ignorando o imposto referente à NF 2316. (fl. 1219).

- DI 01/0567406-5: No cálculo do ICMS devido em virtude da importação, a fiscalização deixou de considerar o ICMS recolhido através das Notas Fiscais Complementares de números 1002 e 3590 (fls. 1221 a 1224). Além disso, em relação à Nota Fiscal 3521, o valor indicado pela fiscalização não corresponde ao efetivamente recolhido, conforme DAE anexo à citada Nota Fiscal.

- DI 01/0797566-6: Os autuantes também deixaram de considerar o montante do ICMS recolhido através da Nota Fiscal Complementar de nº 1273 (fl. 1225) resultando em débito do imposto maior do que o devido.

- DI 01/0525619-0: Também se impõe a retificação do lançamento, porque o valor constante na coluna ICMS recolhido, Anexo V da peça acusatória, deve ser considerado o valor do ICMS recolhido na Nota Fiscal Complementar de nº 985 (fls. 1227/1228).

Infração 04: Alega que as diferenças apuradas pelos autuantes decorrem, na sua grande maioria, da inclusão de despesas de capatazia em duplicidade, e também, da desconsideração de pagamentos complementares efetuados. Aponta os seguintes equívocos constatados no levantamento fiscal:

- DI 02/0024039-5: A Nota Fiscal de nº 1594 (fl. 1229) relacionada à DI em comento (fls. 1230/1234), o valor da despesa de capatazia está incluído no preço CIF da mercadoria importada consignado na Coluna C do levantamento fiscal, e a mencionada despesa foi novamente considerada na Coluna F do citado demonstrativo sob a rubrica despesas aduaneiras.

- DI 02/0730789-4, DI 02/073093-2, DI 02/0732443-8 e DI 02/0733500-6: O defendente informa que não conseguiu identificar as razões das divergências apontadas pela fiscalização.

- DI 02/0858458-1: Alega que, de acordo com as informações consignadas na Nota Fiscal de nº 2029 (fl. 1235), relacionada com a DI em comento (fls. 1236/1240) o valor da despesa de capatazia está incluído no preço CIF da mercadoria importada consignado na Coluna C do levantamento fiscal, e a mencionada despesa foi novamente considerada na Coluna F do citado demonstrativo sob a rubrica despesas aduaneiras, o que implica na majoração indevida da base de cálculo do imposto sobre a importação. Diz que está empreendendo esforços para localizar o DAE de pagamento complementar do imposto, e tão logo o mesmo seja localizado, será anexado aos autos.

- DI 02/0927124-2: Nota Fiscal de nº 2035 (fl. 1241) e DI às fls. 1242/1245, o valor da despesa de capatazia está incluído no preço CIF da mercadoria importada consignado na Coluna C do levantamento fiscal, e a mencionada despesa foi novamente considerada na Coluna F do citado demonstrativo sob a rubrica despesas aduaneiras. Informa que está tentando localizar o DAE de pagamento complementar do imposto, e tão logo o mesmo seja localizado, será anexado aos autos.

- DI 03/0067331-5: A despesa aduaneira foi computada em duplicidade pela fiscalização, e isto fica claro quando compara a composição do preço CIF da mercadoria em real consignada na Coluna C do levantamento fiscal e a composição do valor atribuído às despesas aduaneiras (fls. 1246 a 1250). Os autuantes, ao computar o valor pago a título de ICMS consideraram apenas um recolhimento no valor de R\$3.783.883,65, quando na realidade foi recolhido o valor de R\$3.798.226,53.

- DI 03/0309142-2: Os autuantes computaram em duplicidade a despesa de capatazia, no valor de R\$13.823,35, na apuração da base de cálculo do ICMS incidente sobre a importação acobertada pela DI em questão. Diz que a referida despesa está incluída tanto no preço CIF da mercadoria importada quanto nas despesas aduaneiras (Coluna F da mesma planilha). Assegura que na DI Retificadora (fl. 1260) se verificou que o valor da mercadoria importada na condição de venda monta apenas R\$21.498.943,18, e a despesa aduaneira, no valor de R\$13.823,35 está incluída no preço CIF adotado pela fiscalização.
- DI 03/0600549-7: Os autuantes não consideraram o pagamento complementar efetuado, no valor de R\$778,00, conforme DAE à fl. 1264 do PAF.
- DI 03/0694816-2: A despesa aduaneira também foi considerada em duplicidade, Doc. 54, fl. 1205. Além disso, não foi considerado o pagamento complementar no valor de R\$677.815,20, conforme evidência o DAE à fl. 1275 dos autos.
- DI 03/0671052-2: Despesa de capatazia considerada em duplicidade e, com base na DI Retificadora, se verifica que o valor da mercadoria importada na condição de venda monta apenas R\$21.595.156,09, o que significa dizer que a despesa de capatazia no valor de R\$14.089,23 está incluída no preço CIF.
- DI 03/1027835-4: Também houve o cômputo em duplicidade da despesa de capatazia, no valor de R\$18.831,42.
- DI 03/0969375-0: cômputo em duplicidade da despesa de capatazia, no valor de R\$18.266,78.
- DI 04/1197801-7: cômputo em duplicidade da despesa de capatazia, no valor de R\$17.194,84.
- DI 04/1277142-4: Os autuantes computaram duas vezes a despesa de capatazia na apuração da base de cálculo do ICMS devido, isso porque, o valor de R\$43.292.579,53, indicado como preço CIF da mercadoria já engloba a despesa de capatazia no valor de R\$20.220,25. Outro motivo da diferença apurada pela fiscalização foi o fato de os autuantes terem considerado como devidos a título de PIS e COFINS os valores apurados de acordo com o valor da mercadoria consigno na DI originalmente apresentada (fls. 752/756), valor que foi reduzido em virtude da mudança de intermediador, conforme DI Retificadora (fls. 747/751).

Infração 05: O defendente alega que em 02/01/2001, remeteu para conserto no exterior, através da Nota Fiscal de Saída de nº 129340, 40 kg de paládio contido em catalizador exausto. Doc 69 (fl. 758), e de acordo com o art. 626, combinado com o art. 28, VIII, do RICMS/97, é suspensa a incidência do ICMS nas saídas de mercadorias para conserto no exterior, sendo isenta a operação de retorno das mesmas mercadorias, por isso, é devido o ICMS apenas sobre o valor eventualmente acrescido. Informa que em 03/12/2001, os 40,69 kg de paládio retornaram ao país por meio da reimportação efetuada através da DI nº 01/1174472-0 (fls. 759/764), em quantidade equivalente a 40,686 kg do produto. Diz que através da mesma DI foram também importados 8,1576 kg de paládio sobre os quais está sendo cobrado o ICMS correspondente através do presente lançamento. Alega que a fiscalização indica que a mercadoria objeto da autuação estaria acobertada pela Nota Fiscal de Entrada de nº 1511, mas essa Nota Fiscal acoberta apenas a entrada dos 40.686 kg de paládio que foram remetidos para conserto no exterior, portanto, a mencionada NF 1511 não materializa a entrada no estabelecimento do paládio que foi importado do exterior através da DI em análise, e a Nota Fiscal 1511 está amparada pela não incidência do ICMS. Ademais, o critério utilizado pelos autuantes para fins de apuração da base de cálculo do ICMS nos retornos de conserto ao exterior não obedece ao disposto no art. 626 do RICMS, que determina que a base de cálculo deve corresponder à diferença entre o valor da mercadoria remetida e o constante na Declaração de Importação, acrescido dos tributos federais acaso incidentes, bem como as despesas aduaneiras. Portanto, conclui que a exigência fiscal é totalmente infundada e não merece prosperar, seja pelo equívoco cometido pela fiscalização na identificação da documentação fiscal que deu suporte à autuação; seja pela total impropriedade



do critério utilização na determinação da base de cálculo, em desconformidade com o previsto no § 1º do art. 626 do RICMS-BA, transcrito à fl. 636.

**Infração 06:** O defendente salienta, inicialmente, que não conseguiu localizar em seus arquivos os documentos comprobatórios da efetiva exportação das mercadorias constantes da Nota Fiscal de nº 136279, mas continuará envidando esforços para identificar tais documentos e os apresentará em complemento à sua impugnação, a fim de atestar a lisura dos procedimentos adotados pelo impugnante.

**Infração 07:** Alega que os autuantes tomaram como base para a exigência do imposto nesta infração, documentos para-fiscais: Notas de Débitos emitidas pelo impugnante contra seus clientes. Diz que os valores constantes nestes documentos não podem ser considerados como complementação de serviço de transporte em vendas CIF, porque tais documentos não se referem a remuneração por serviço de transporte, mas cobrança de quantias em virtude de “sobreestadias de viagens”, isto é, “reembolso por atrasos no momento da entrega da mercadoria no seu destino”, quando o transporte está concluído e o cliente por qualquer razão impede a descarga regular da mercadoria. Ressalta que nas vendas sob a cláusula CIF a tradição ocorre com a chegada do navio no porto de destino, motivo pelo qual a responsabilidade do vendedor fica estendida até o atracamento da embarcação no porto de destino, e no caso em comento, o impugnante realizou operações de vendas sob a cláusula CIF, tendo cumprido rigorosamente o contrato de venda, entregando a mercadoria no porto de destino, encerrando ali a execução do contrato de compra e venda. Assim, concluído o transporte, teve que aguardar a descarga da mercadoria, além do tempo previsto, de forma que a denominada sobreestadia, significa o tempo utilizado além da estadia prevista para a descarga, e qualquer evento posterior que venha criar nova obrigação ao vendedor será objeto de nova relação jurídica composta por fatos e efeitos completamente diversos da operação de venda anteriormente realizada. Salienta que o levantamento fiscal abarca as sobreestadias referentes às viagens de números 015, 016, 017, 019, 020, 021, 022, 023 e 024/03 do navio Metal Tanque IV, cuja descarga ocorreu em Ilha Redonda/RJ, no valor total de R\$403.976,99, está acompanhada dos respectivos relatórios de viagem, nos quais é calculado o custo da sobreestadia correspondente (Doc 71 – fls. 766/788). Aduz que o Direito Tributário é regido pelo Princípio da Tipicidade Cerrada, que determina que o tributo só pode ser exigido nos exatos termos da lei, inexistindo margem à discricionariedade da Autoridade Fiscal, conforme ensinamentos do Professor Luciano Amaro, que transcreveu à fl. 644. Quanto às Notas Fiscais que serviram de base para a autuação fiscal, o defendente assegura que se referem às vendas que realizou sob a cláusula CIF, e transportou as mercadorias através do navio Metal Tanque III, que afretou junto à empresa Metalnave S. A. Comércio e Indústria, conforme contrato de Prestação de Serviços Marítimos, no qual não estava previsto qualquer pagamento adicional à transportadora a título de subreestadias (Doc 72 – fls. 789/855). Diz que na vigência do contrato o impugnante age como “dono” da embarcação, e mesmo que o navio fique parado durante todo o mês, o impugnante tem que pagar a quantia estipulada em cláusula específica, que trata do preço do serviço, ou seja, consta cláusula que prevê expressamente que o preço do serviço é livre de prêmio e multa por sobreestadias, portanto, o valor do frete não sofre alteração pela possível demora no carregamento e descarregamento da mercadoria. Reafirma que os valores cobrados a título de sobreestadia referem-se a uma indenização após o cumprimento de sua obrigação contratual, por ter sua programação prejudicada em virtude de atraso no recebimento da mercadoria por seu cliente. Transcreve uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidindo que os valores devidos pela sobreestadia não podem ser exigidos do transportador que permaneça aguardando o desembarque aduaneiro das mercadorias gratuitamente por tempo superior ao avençado. O autuado diz que a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais tem excluído da base de cálculo do ICMS despesas relativas a sobreestadias, conforme decisão que transcreveu à fl. 648. Assim, o defendente pede que este órgão julgador afaste a cobrança do ICMS sobre os valores recebidos a título de subreestadia,

tendo em vista que o Fisco não pode estender a cobrança de imposto a eventos não previstos em Lei.

Infrações 08 e 09: Considerando a relação entre os itens 8 e 9 do presente Auto de Infração, o autuado contestou simultaneamente essas duas infrações. Quanto à infração 09, alega que, a descrição constante da peça acusatória e os dispositivos apontados como infringidos resulta na imprecisão da acusação fiscal, por impedir o exercício do direito de defesa, e por isso, impõe-se a sua nulidade, com base no art. 18 do RPAF/99, que reproduziu à fl. 651, além do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Transcreve a descrição da infração constante da peça acusatória, e também, os dispositivos tidos como infringidos, do RICMS/97, além do art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96. Aduz que, da simples leitura da descrição dada à infração em comento, revela a imprecisão das afirmações dos autuantes, que estão embasadas em assertivas genéricas e infundadas. Diz que não há qualquer referência à norma legal relativa ao imposto exigido por substituição tributária, e não foi esclarecido como, porquê, e de que forma o Consórcio Etenoduto teria adquirido personalidade jurídica. A descrição da infração não foi clara o suficiente e os dispositivos legais tidos por violados não correspondem integralmente às situações jurídicas descritas na infração. O defendente alega que, na hipótese de a preliminar de nulidade não ser acolhida, apresenta razões pelas quais este item do Auto de Infração deve ser julgado improcedente. Para tentar encontrar a base de cálculo para os serviços de transporte prestados pelo mencionado Consórcio, os autuantes aproveitaram-se de dois lançamentos contábeis efetuados em maio de 2004. Diz que não poderia haver esse entendimento da fiscalização porque o Consórcio Etenoduto não possui personalidade jurídica e não presta serviço algum de transporte ao impugnante; os lançamentos contábeis apontados pela fiscalização não se referem a pagamento de preço por serviço de transporte, e sim rateio de despesas de manutenção das dutovias. Transcreve os arts. 278 e 279 da Lei 6.404/76, fazendo correlação com a personalidade jurídica do citado Consórcio. Cita ensinamentos de Alberto Xavier e Modesto Carvalhosa, e diz que o Regulamento do Imposto de Renda de 1999 sequer equipara os consórcios a pessoa jurídica; a Lei Complementar 87/96, apenas se limita a definir como contribuinte do ICMS as pessoas físicas e jurídicas, que realizem as operações referidas na mencionada Lei. Entende que a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica é mera formalidade que somente foi imposto aos consórcios como meio de controle, para efeito de fiscalização das atividades desenvolvidas pelas empresas consorciadas, e não tendo os consórcios personalidade jurídica, não se pode admitir que o impugnante tenha contratado como entenderam os autuantes. O impugnante diz que, ainda sob a denominação de COPENE firmou, em 31/07/92, contrato de consórcio com as empresas SALGEMA Indústrias Químicas S.A., Empresa Petroquímica S.A., CPC e a Companhia alcoolquímica Nacional, tendo como finalidade a administração, operação, movimentação, armazenamento e distribuição de eteno, por conta própria, via gasoduto, no trecho compreendido entre Camaçari-BA e Maceió-AL, pelo prazo de quinze anos (Doc 74 – fls. 857/866). As empresas consorciadas, à época, absorveram por incorporação, parcelas do patrimônio líquido da empresa Etenoduto Ltda. Portanto, o consórcio foi criado para propiciar a operação e o uso do etenoduto por todas as consorciadas; o uso e a operação do etenoduto pelas consorciadas não gerava nenhuma receita para o consórcio, o que só ocorria, excepcionalmente, quando o mencionado gasoduto era utilizado por terceiros ou quando as consorciadas ultrapassavam a quota semestral de utilização da citada via, e neste caso, era cobrada uma tarifa, conforme previsto nas Cláusulas VII e VIII do contrato. Assegura que o impugnante, na condição de integrante e líder do Consórcio Etenoduto, valeu-se do gasoduto, no ano de 2001, com o objetivo de proporcionar a remessa de eteno à Trikem (antiga CPC, atual Braskem Alagoas), empresa também consorciada, instalada em Alagoas. Reproduz o conceito de contrato de transporte, de acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz e Arnaldo Rizzardo, bem como a definição constante do Código Civil. Diz que a interpretação dada pelos autuantes é decorrente do lançamento, em 2004, em conta contábil, inapropriadamente denominada de “Aluguel de Dutovias”; os valores correspondem à sua parcela nas despesas incorridas pelo consórcio, na contratação de empresa prestadora de serviço para o fim de

realização de obras de manutenção do etenoduto (docs 75 e 76 – fls. 867/868), Assegura que a Nota de Débito de nº 12/2004, emitida em 17/05/2004, no valor de R\$694.140,00, constante do Anexo C do Auto de Infração, “diz respeito ao quinhão da impugnante nas despesas decorrentes do serviço realizado pela empresa DDK Engenharia”, conforme se pode constatar em algumas notas fiscais emitidas pela mencionada empresa, e no contrato de prestação de serviço firmado pelo Consórcio (Docs. 77 e 78 – fls. 869/885). Informa que em relação à Nota de Débito de nº 15/2004, emitida em 17/05/2004, no valor de R\$107.390,00, refere-se à parcela do impugnante com a manutenção do etenoduto, conforme Contrato de prestação de serviço celebrado entre o Consórcio e a Construtora Pereira Lima Ltda (Docs. 79 e 80 – fls. 886/911). Quanto aos valores utilizados pela fiscalização na apuração do imposto exigido, o defendente reafirma que esses valores lançados na sua contabilidade, foram utilizados pelos autuantes para encontrar o montante do frete pago em maio de 2004, e se referem ao rateio de custos de manutenção das dutovias e não a pagamento de serviço de transporte, salientando que à época da autuação o impugnante não logrou êxito em localizar os documentos que deram respaldo a essa contabilização, e caso os autuantes tivessem tido acesso às notas de débito de números 12/2004 e 15/2004, certamente teriam concluído que não se trata de serviço de transporte, e mesmo admitindo a hipótese de que os valores contabilizados sejam relativos ao pagamento de serviços de transporte, não se pode deixar de apontar a impropriedade da fiscalização na apuração do preço por kg de Eteno transportado, haja vista que o valor que serviu de base para o cálculo do valor do frete por kg foi extraído da Planilha do Anexo C, e tal planilha representa o espelho de determinada conta contábil do impugnante, denominada “Aluguel de Dutovias”, em que se constata o registro das notas de débito de números 12/2004 e 15/2004, que somadas atingem o valor de R\$801.530,00, utilizado pelos autuantes no demonstrativo anexo X-B, e que, se a fiscalização pretende calcular o valor do frete por kg de eteno para o ano de 2001, não pode estabelecer tal relação, dividindo a quantidade do produto apontada nas notas fiscais emitidas em maio de 2001 pelo valor pago pelo frete ao maio de 2004. Portanto, alega que há impropriedade no cálculo realizado pelos autuantes para se chegar ao valor do frete por kg de eteno. Entende que não há como prosperar este item do Auto de Infração, seja pela sua nulidade decorrente da imprecisão da descrição e da impropriedade do cálculo do imposto, seja pela sua total improcedência, considerando que não existe prestação de serviço de transporte por parte do Consórcio Etenoduto, restando também improcedente a infração 08, tendo em vista que não existiu a prestação de serviço de transporte, e por isso, não existe conhecimento de transporte a ser apresentado à fiscalização. Afirma que não houve recusa em apresentar a documentação solicitada, haja vista que não apresentou os documentos pelo simples fato de tais documentos não existirem. O defendente finaliza, pedindo a improcedência do Auto de Infração, reiterando o pedido para que sejam julgadas improcedentes as competências de janeiro a dezembro de 2001, em face da consumação da decadência. Quanto à infração 06, diz que continuará empreendendo esforços para localizar o registro de exportação que comprova a saída do país das mercadorias correspondentes à NF 136.279. Pede a nulidade da infração 09, em vista da descrição dos fatos e dos motivos que ensejaram a exigência fiscal. Reitera o pedido de improcedência quanto às demais infrações.

Os autuantes, em sua informação fiscal às fls. 1286 a 1307 dos autos, rebatem as alegações defensivas argumentando em relação à preliminar de decadência, que a legislação do ICMS na Bahia não é omissa neste aspecto, tendo em vista que o Coteb, a Lei do ICMS regulam os prazos de prescrição e decadência, e não se aplica o disposto no art. 150, § 4º do CTN, e sim o prazo fixado na legislação estadual, conforme art. 965, inciso I do RICMS-BA, que transcreveu. Em relação ao pedido de nulidade do Auto de Infração, afirmam que a descrição dos fatos e os dispositivos utilizados não cercearam o direito de defesa, em nenhum momento, destacando que o autuado apresentou contestação discutindo o mérito da autuação, apresentando documentos. Reproduzem o art. 19, do RPAF-BA, e asseguram que tendo sido apresentada a impugnação, mostra-se infundado o argumento de nulidade do lançamento. Quanto à preclusão Consumativa e a Revelia os autuantes citam o prazo de 30 dias, estabelecido no RPAF-BA para o contribuinte

quitar ou impugnar o lançamento, e no presente Auto de Infração o sujeito passivo impugnou no prazo regulamentar, todas as infrações apontadas, e com a apresentação de defesa foram praticados todos os atos, em resposta ao lançamento efetuado. Os autuantes entendem que em relação às notas fiscais, documentos ou planilhas que não foram discutidos ou não trazidos aos autos, produziu efeitos de revelia, na forma do art. 319 c/c 333, II, do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF/99. Salientam que alguns temas discutidos no presente processo já foram decididos pelo CONSEF, a exemplo do “Acórdão nº 260207”, da 2ª Junta de Julgamento fiscal, cuja ementa foi reproduzida às fls. 1289/1290. Quanto ao mérito, os autuantes informam que em relação à infração 01, a autuação se baseou na forma prevista na legislação para elaboração dos demonstrativos, apurando o valor na praça atacadista local, comparando-o com as saídas para armazenagem. Salientam que o defendente, em momento algum, apresenta planilha demonstrativa de valores apurados a mais, ou mesmo, que elidam totalmente a autuação e, tendo em vista que o princípio do contraditório rege os processos judicial e administrativo, a peça acusatória foge do embate não trazendo qualquer demonstrativo que possa fundamentar suas alegações. Dizem que, se esse órgão julgador entender que é necessário elaborar nova planilha, deve-se atentar que o autuado não realiza saídas de mercadorias da produção própria nem a “preço FOB”, nem “a vista”. Todas as saídas são para pagamento “*a posteriori*”, e com o valor do frete incluído, o que poderá ser confirmado por meio de simples diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito. Asseguram que se pode ver nos documentos trazidos ao PAF que o autuado assumiu o comportamento de negar-se a fornecer a documentação necessária a algumas verificações, inclusive a documentação comprobatória dos lançamentos contábeis. Portanto, entendem que somente o autuado pode apresentar planilha indicando valores para exclusão de frete e encargos financeiros. Em relação ao argumento defensivo de que foram incluídas indevidamente algumas notas fiscais, para demonstrar a fragilidade da alegação, indicam como exemplo o caso do eteno (fl. 710 e seguintes), em que se pode verificar que todas as notas fiscais apensadas saíram com destaque do ICMS; a operação de venda para entrega futura requer a emissão de uma “nota mãe” sem destaque do imposto, e, verificando mais detalhadamente as referidas notas fiscais, percebe-se que apesar de ser uma remessa referente a “venda para entrega futura”, a mercadoria não sai do Estado da Bahia, e sim, da Trikem em Maceió-AL, isto é, são duas operações, sendo uma de remessa para outra unidade da Federação e venda para entrega futura. A Braskem não tributou as saídas para armazenagem na Trikem em Alagoas, corrigindo o erro “*a posteriori*”, com tributação de uma hipotética saída para entrega futura, que na verdade é uma saída para armazenagem em outra unidade da Federação. Dizem que é possível ver nas fls. 1078 e seguintes, extratos de notas fiscais, retirados do sistema do autuado; não se tem as notas fiscais em suas primeiras vias, mas meros extratos do sistema do impugnante sem identificação de produto, destinatário, etc. Portanto, não são consideradas as alegações defensivas, tendo em vista que os extratos não têm autorização legal para substituir notas fiscais, e mesmo quando o autuado acosta aos autos algumas notas fiscais, não o faz com a primeira via do documento (fls. 998 a 1014). Quanto à alegação do autuado de que as notas fiscais de regularização de venda remetida para outra unidade de Federação estão oneradas para 18%, os autuantes entendem que essa alegação foge de qualquer regra normativa, uma vez que não há saída de mercadoria de contribuinte do Estado da Bahia tributada à alíquota de 18%.

Infração 02: Apresentam os conceitos de bens de uso, citando como exemplo para o caso de indústria, as graxas que lubrificam as engrenagens do maquinário, bem como as estopas e os solventes, utilizados na limpeza do excesso de graxa, porventura aplicada. Outros exemplos citados são as geladeiras adquiridas para equipar as salas de lanche de cada setor, cafeteiras, televisores, vídeos, etc. No caso de bem de consumo, citam a aquisição de uma furadeira com seu conjunto de brocas por uma indústria petroquímica. Alegam que esse material se desgasta ou se consome com seu uso ao logo do tempo, e o legislador não limitou esse tempo. Salientam que o tempo de uso de um bem de consumo varia de acordo com o seu uso, tendo em vista que uma furadeira, por exemplo, usada com maior frequência terá o seu desgaste acelerado com comparação com outro que a utilize esporadicamente. Quanto ao argumento do autuado de que

não foram respeitadas as normas do IBRACON e de manuais de contabilidade, os autuantes entendem que o impugnante tenta impor a vontade de uma associação, mas a autuação fiscal fundou-se na legislação, ao contrário das alegações defensivas. Informam que o autuado, após intimação, forneceu alguns projetos de intervenção em seu parque industrial, e dentre os projetos apresentados (fls. 466 e seguintes), os que foram autuados não há modernização, nem ampliação, e sim, substituição. Portanto, mera substituição opera-se mais em função de desgaste do bem, a exemplo da aquisição de bens de consumo que se desgastaram ou foram consumidos ao longo do tempo, independente do lapso temporal transcorrido. Assim, dizem que a classificação apresentada pelo defendente com base na Lei 6.404/76, mostra-se coerente, já que a legislação do ICMS não traz qualquer regulamentação sobre o tema; que o autuado transfere para futuro incerto a comprovação de suas alegações, conforme se pode constatar à fl. 588, e a pura alegação sem a respectiva comprovação só pode cair no vazio jurídico. Dizem que houve intimação para apresentação dos projetos, no curso da ação fiscal, e o autuado cita a existência deles na impugnação, apesar de não terem sido colacionados. Perguntam se esses projetos não estariam sendo preparados agora para futura apresentação, e que, havendo diligência, é importante que o diligente identifique a idade de tais papeis no original, uma vez que esses projetos eram manuscritos à época, como se verifica naqueles que foram fornecidos a apensados aos autos.

Infração 03: Informam que em relação ao argumento defensivo referente aos códigos de NCM e NBM, as DIs trazidas como amostragem são suficientes para comprovar que essas DIs expressam a classificação tanto para NCM como NBM, conforme fls. 379, 384, 390, 393, 401, 414, 415, 416 e 417. Salientam que os dados foram colhidos das DIs, que são documentos emitidos pela Secretaria da Receita Federal, e nem o Fisco estadual nem o contribuinte podem modificar a classificação das mercadorias, o que somente pode ser feito através de DI Retificadora. Os autuantes entendem que as classificações apresentadas nas razões de defesa devem ser desconsideradas porque não apresentam a chancela do poder público, no caso a Receita Federal. Quanto aos erros materiais apontados na impugnação, dizem que a não inclusão das notas fiscais de complemento trouxe benefício ao contribuinte. Ainda em relação aos prováveis erros materiais cometidos no levantamento fiscal, alegam que as DIs em que o autuado alega que a redução de base de cálculo só é devida em uma ou duas adições, nota-se que não houve comprovação do recolhimento de todas as adições, e neste caso, o recolhimento efetuado a menos continua caracterizado. Portanto, afirmam que em relação às notas fiscais apresentadas pelo autuado, a maioria das mercadorias são destinadas ao uso/consumo do estabelecimento, e se essas mercadorias não são amparadas pelo direito aos créditos fiscais, não seriam amparadas pelo legislador com benefícios fiscais.

Infração 04: Inicialmente, salientam que não houve impugnação quanto às DIs 02/0730789-4, 02/073093-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6, como se pode constatar na fl. 615. Em relação à DI 02/0859458-1, dizem que o autuado reconhece o valor do débito de R\$195.444,20 (fl. 615), sem recolher o respectivo valor. Reconhece também, o débito de R\$10.706,79, referente à DI 02/0927124-2 (fl. 617), mas também não recolheu o mencionado valor. Quanto aos erros alegados pelo defendente, citam como exemplos duas DIs: a) DI 03/0067331-5. Dizem que o autuado não apresentou extrato de recolhimento da importação; não apresentou o DAE específico, e sim, um extrato de recolhimento de importações em determinada data (fl. 1254). Argumentam que um extrato genérico pode conter várias importações ali consignadas, aumentando artificialmente o valor recolhido para uma importação específica. Dessa forma, dizem que restou provado que esse extrato não serve como meio probante. b) DI 04/1197801-7, encontrando-se também a DI original retificadora. Em ambas os valores de PIS e Cofins apurados pela SRF são os mesmos (fl. 360), mas os valores para apurar o ICMS a recolher pelo autuado estão a menos (fl. 538). Portanto, asseveram que apesar de existir uma DI retificadora, a Receita Federal não recalculou esses valores, sendo os mesmos alterados pelo autuado, unilateralmente, e como a legislação do ICMS não permite a alteração dessa forma, fica caracterizado que houve infração à legislação. Quanto aos demais erros materiais, alegados pelo defendente, os autuantes argumentam que não se pode olvidar que as informações que lastrearam o presente lançamento foram colhidas nas

Declarações de Importação, documentos emitidos pela Receita Federal. O valor CIF apresentado na planilha dos autuantes é o valor apurado pela Receita Federal, e esse valor deve ser utilizado pelo Fisco Estadual, na forma da legislação estadual, acrescido dos valores relativos às despesas aduaneiras e dos tributos federais. Outra alegação apresentada na impugnação do autuado refere-se à consignação de valores CIF quando das aquisições em condições diversas dessa, mas a coluna CIF na planilha, em verdade representa os valores apurados pela Receita Federal, independente se CIF ou FOB, ou qualquer outra forma de contratação. Quanto à NF complementar 3735 (fl. 745) alegam que não foi apresentada no curso da ação fiscal, portanto, dizem que se deve excluir do lançamento, a DI 04/1197801-7.

Infração 05: Informam que o autuado não aponta sobre qual nota fiscal foi dada entrada na mercadoria importada (8.1576 kg de paládio); só há uma nota fiscal relacionada à DI, e se esta nota fiscal não elenca todos os produtos importados, não há erro material e sim elisão fiscal, pois fica caracterizada a omissão de entrada de mercadoria tributável. Portanto, está caracterizada a importação e não tributação do paládio através da DI 01/1174472-0, adição 001 (fl. 324), por omissão de entrada de mercadoria tributável. Concluem, informando que foi retificada a ação fiscal neste item.

Infração 06: Salientam que o autuado não conseguiu elidir a exigência fiscal, e transfere para futuro incerto a apresentação da impugnação, não observando o que estabelece o RPAF, ao pleitear prazo superior a 30 dias para apresentação de defesa. Ratificam a autuação fiscal.

Infração 07: Dizem que a questão a ser resolvida neste item da autuação se refere aos valores repassados aos clientes através das notas de débito lançadas, se são despesas de venda, fora do alcance da tributação, ou se o que tem é uma parcela do custo de venda, e por isso, é alcançada pela tributação do ICMS. De acordo com a alegação do contribuinte à fl. 418 e seguintes, os valores autuados se referem a quantias cobradas do adquirente de mercadoria sob condição CIF, em função de alongamento do prazo da entrega da mercadoria, e esse alongamento é chamado de “sobrestadia”. Transcrevem o art. 1267 e 750 do Código Civil, salientando que não se pode fazer interpretações criativas, e nas alienações de bens móveis, só se aperfeiçoa o negócio jurídico com a entrega do bem. Os autuantes rebatem as alegações defensivas e dizem que uma análise do tratamento contábil dado aos valores autuados esclarece definitivamente a questão. As despesas de vendas não são alcançadas pela tributação do ICMS e se os valores das sobrestadias foram despesas de vendas esses valores não seriam repassados aos clientes e sim, assumidos pelo autuado. Portanto, havendo o repasse, está caracterizada a elevação no custo de venda, ficando demonstrado que houve ocorrência de fato gerador, conforme previsto no art. 17, parágrafo 1º, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96, que transcreveu, bem como os arts. 54, inciso I, alínea “a”, e 134, parágrafo 2º, inciso I, do RICMS-BA. Salientam que não se pode concluir esse item sem averiguar a natureza do contrato de prestação de serviço, e o pagamento de valor fixo mensalmente à contratada poderia levar a conclusões errôneas. Se o navio fosse alugado não haveria valor de frete a recolher, as despesas com pessoal não seriam da contratada e todas as demais peculiaridades de um contrato de aluguel ausentes no contrato de prestação de serviço de transporte trazido ao PAF (fl. 814). Dizem que os valores cobrados dos clientes do autuado através de documento para-fiscal estão relacionados com a elevação do custo de venda, sem relação alguma com uma possível penalidade imposto à contratada para transportar a mercadoria. Os autuantes dizem que fica mantida a autuação neste item.

Infração 08: Os autuantes alegam que a determinação de que houve ou não do serviço de transporte é o deslocamento da mercadoria, o que está demonstrado na ação fiscal e não foi impugnado pelo autuado. E se ficou demonstrado o deslocamento da mercadoria (eteno) entre os municípios de Camaçari e Maceió, por dutovia de propriedade do Consórcio Etenoduto, como descrito na amostragem das notas fiscais apensadas aos autos pelos autuantes (fls. 442 e seguintes), não resta dúvida quanto à prestação do serviço sem a emissão do documento fiscal legalmente exigido. Ratificam a exigência fiscal.

Infração 09: Dizem que não pode prosperar a preliminar de nulidade em função de dois motivos: a) o autuado entendeu o motivo do lançamento e exerceu o seu direito de defesa; b) a impugnação atacou exatamente e de forma cirúrgica, e pode-se dizer que a infração contra a qual se insurge, não contesta dispositivos legais e sim a infração. Quanto ao mérito, os autuantes informam que a defesa apresenta como meio de prova um informativo da Receita Federal (fl. 856), tendo citado a Instrução Normativa editada em 2005, mas o Consórcio foi firmado em 1992, e não pode ser regulado por legislação de 2005; o lançamento refere-se ao exercício de 2001 e deve respeitar a legislação vigente àquela época. Portanto, a legislação citada pelo defendente não deve ser considerada, bem como, a mudança de entendimento da Receita Federal na forma de apuração e pagamento de tributos federais. Salientam que o autuado assumiu o comportamento de não fornecer a documentação solicitada pelos autuantes, cujas intimações não atendidas encontram-se às fls. 448, 449, 455 e 456. Asseguram que os valores utilizados na apuração da base de cálculo foram retirados da própria contabilidade do autuado, como o defendente ressaltou, e esses valores estão aquém dos reais, em função do não fornecimento pelo autuado, de valores de outras despesas que deveriam compor a base de cálculo, como as despesas com a energia elétrica para mover as turbinas que impulsionam o eteno pelo dutovia. Dizem, ainda, que o método recomendado pela Lei 7.014/96 para arbitramento de serviço de transporte não pode ser aplicado em função da ausência de qualquer valor de referência em operação semelhante, e também, pauta fiscal de alcance interestadual. Reproduzem o art. 22, da Lei 7.014/96, e dizem que em relação ao questionamento do autuado quanto à personalidade jurídica do Consórcio, em termos legais, restou provado que à época da ocorrência do fato gerador não havia exigência da Receita Federal para inscrição no cadastro de contribuintes, e somente com o advento da IN editada em 2005, veio essa orientação. Dizem que há prova nos autos de que o consórcio contratou (fl. 665), tendo os autuantes acostado ao PAF o extrato da conta contábil 110601001998 para provar a existência de um contrato de mútuo entre o autuado e o Consórcio Etenoduto, e se há um mútuo é porque o consórcio auferia renda de alguma forma, que só pode ser em função de serviço de transporte prestado. Só contrata quem tem capacidade, e a aquisição de capacidade exige anterior aquisição de personalidade. Dizem que a apuração do débito, também questionada pelo defendente, está de acordo com o art. 22, § 1º, Inciso I-B, da Lei 7.014/96, com base na escrita contábil, já que o autuado não forneceu a documentação para apuração da base de cálculo; e como foi confessado pelo defendente, obteve-se os valores através de uma conta contábil denominada “Aluguel de Dutovias”, e nesta conta (fl. 291) são lançados valores de aluguéis, que serviram de base para os autuantes apurarem o valor do custo do transporte. Assim, mesmo sendo o valor inalterado no período de 2001 a 2004, em vista da ausência de termo aditivo de contrato do consórcio com o autuado, há segurança no valor utilizado pela fiscalização. Por fim, os autuantes reafirmam a inexistência da decadência alegada pelo defendente, e no mérito, na eventualidade de entendimento diverso da Junta de Julgamento Fiscal, que seja efetuada diligência fiscal por estranho ao feito para comprovação “in loco” das ponderações dos autuantes, especialmente quanto aos itens enumerados às fls. 1306/1307. Pedem a procedência parcial do presente Auto de Infração, com a exclusão da DI 04/1197801-7 (infração 04).

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o defendente apresentou nova manifestação às fls. 1311 a 1326, aduzindo que em relação à infração 01, ao contrário do afirmado pelos autuantes, o defendente não tem obrigação de apresentar em sua impugnação novos demonstrativos de débito, com vistas a anular ou reduzir o tributo lançado, e a revisão do lançamento deve ser efetuada por autoridade fiscal. Embora não tenham sido colacionadas à impugnação planilhas indicativas dos valores apurados a mais, todos os erros materiais constatados no levantamento fiscal foram devidamente indicados, sendo possível a Junta de Julgamento fiscal identificar os equívocos, e se for o caso, determinar a retificação dos procedimentos. Foi a providência adotada pela 2ª JJF deste Conselho ao julgar o Auto de Infração de nº 279196.0005/05-5, lavrado pelos mesmos auditores contra o autuado, sendo elaborados novos demonstrativos com base exclusivamente nos critérios defendidos na impugnação, sendo reduzido o débito originalmente apontado para cerca de 1/3, após realizada a diligência. Portanto,

se esta Junta de Julgamento Fiscal não concluir de imediato pela improcedência ou nulidade da autuação, o defendente requer seja determinada a realização de diligência pela ASTEC para que sejam retificados os erros e impropriedades apontados na impugnação inicial. Requer a juntada das notas fiscais de remessa para armazenagem canceladas, que foram equivocadamente incluídas nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, para que sejam excluídas da autuação.

Quanto à infração 02, o defendente diz que “registra a sua surpresa e indignação ao constatar a insinuação feita pelos Srs. Fiscais de que os Projetos de Ampliação e Modernização mencionados na impugnação estariam sendo falsificados”. Diz que a Braskem, por ser uma sociedade anônima de capital aberto, está sujeita à fiscalização por parte da CVM, sendo submetida a processo rígido de controle dos procedimentos adotados pela contabilidade, por meio de auditoria externa independente. Não entende o que levaria os autuantes a acreditar que o autuado poria em risco sua reputação, falsificando documentos com o fim de justificar a utilização de créditos de ICMS, que soubesse serem indevidos. O defendente requer, caso assim entenda esta Junta de Julgamento Fiscal, a realização de diligência fiscal para que seja ratificada a vinculação efetuada entre as notas fiscais objeto da autuação e os projetos de expansão e modernização de seu ativo imobilizado.

Infração 03: Em relação à afirmação dos autuantes de que o impugnante reconheceu a procedência da exigência fiscal no AI 279196.0005/05-5, o defendente salienta que tal reconhecimento não se operou, tendo em vista que a situação fática do mencionado Auto de Infração era completamente distinta do presente processo. Diz que sem apresentar os documentos, impugnou a exigência fiscal, por considerá-la indevida, e, posteriormente, considerando que as mercadorias naquela ocasião eram destinadas ao seu ativo imobilizado, revelou-se mais vantajoso quitar o débito com os benefícios da anistia, por meio da Lei nº 10.328/06, e creditar-se do imposto pago. No caso do presente Auto de Infração, afirma que não só possui os documentos relacionados às operações autuadas, como também, comprova que os códigos identificadores das mercadorias importadas através das DIs listadas no levantamento fiscal, Anexo V, são abrangidas pelo Convênio nº 52/91. Assegura que em nenhum momento pretendeu reclassificar as mercadorias importadas através das DIs, como fizeram crer os autuantes. As classificações apontadas na impugnação não se referem a novas classificações, mas sim às próprias classificações indicadas nas DIs, porém expressas na NBM. Assim, entende que não seriam necessárias as DIs Retificadoras, uma vez que os códigos apontados nas mencionadas DIs estão corretos, porém expressos na NCM, salientando que a equivalência entre os códigos descritos na NBM e na NCM pode ser confirmada no site oficial do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio. Quanto às Notas Complementares não consideradas pela fiscalização, o defendente alega que os autuantes se equivocaram ao afirmarem que a análise das mesmas traria prejuízo à defesa, citando como exemplo a DI 01/0444900-9. Afirma que a fiscalização limitou o objeto da autuação às operações de importação de mercadorias com redução indevida na base de cálculo do ICMS, e todas as operações que serviram de base para a autuação foram especificadas não só pelo número da DI, como também pelo nome do produto, código do produto na NCM e respectiva Nota Fiscal. Entende que, se a fiscalização suspeitar que não houve o recolhimento do imposto também em relação à importação das demais mercadorias relacionadas nas referidas Declarações de Importação, deve ser lavrado novo Auto de Infração, com nova exigência do ICMS, não por ofensa ao Convênio 52/91, mas por mera falta de pagamento do imposto devido na importação, devendo permitir ao autuado o exercício do contraditório.

Em relação à infração 04, o defendente alega que, referente à DI 03/0067331-5, não tem cabimento a alegação dos autuantes de que, para comprovar o valor do ICMS recolhido, foi apresentado um extrato genérico, isto porque o documento colacionado à fl. 1254 do PAF não é um extrato genérico de recolhimento de importações, mas sim um DAE Detalhado, obtido junto à Secretaria da Fazenda, no qual é possível observar a vinculação do pagamento a uma única e determinada importação, tendo em vista que no documento de origem está expressamente consignado o



número da DI vinculada ao paramento. Quanto à DI 04/1197801-7, diz que foi alegada a impropriedade dos valores do PIS e COFINS adotados pela fiscalização para fins de cálculo do imposto estadual devido em relação à DI 04/1277142-4 e não à DI 04/1197801-7, conforme sugerem os autuantes. Reitera as alegações apresentadas na impugnação inicial, e afirma que a aquisição da mercadoria acobertada pela DI em referência estava sendo negociada originalmente pela CPN INCORPORATE LIMITED por US\$453,31658 por tonelada, o que implicava na incidência do PIS e da COFINS, nos valores de R\$1.040.142,56 e R\$4.790.959,65, respectivamente, conforme Instrução Normativa nº 436/2004. Salienta que, quando do fechamento da operação, o intermediário passou a ser HUNINT LTDA, que negociou a tonelada de mercadoria por US\$416,96796, o que implicou na alteração do valor aduaneiro da operação. Portanto, a base de cálculo do PIS e da COFINS, cujos valores devidos pelo impugnante passaram a ser de R\$980.417,22 e R\$4.515.861,12. Assegura que em relação à DI 04/1277142-4, apresentou DI Retificadora reduzindo o valor da tonelada da mercadoria importada de US\$ 453,31658 para US\$426,96796, e por erro material, deixou de consignar na referida DI-R os novos valores devidos a título de PIS e COFINS, os quais continuaram a ser os mesmos indicados na DI original. Afirma que cabe ao contribuinte, unilateralmente, proceder à retificação dos valores devidos a título de tributos e contribuições federais, a exemplo do PIS e COFINS, que por qualquer motivo não tenham sido declarados originalmente, mas não há qualquer infração nesta conduta, à Receita Federal, cabe a verificação posterior da legitimidade das informações prestadas pelo contribuinte. Reafirma que o único erro cometido pelo impugnante foi de não ter informado a alteração dos valores devidos a título de PIS e COFINS na DI Retificadora, mas esse erro não autoriza ao Fisco Estadual compor a base de cálculo do ICMS incidente sobre a importação com base em valores de PIS e COFINS maiores do que aqueles que realmente incidiram sobre a operação, salientando que após os ajustes, restará comprovado que foi pago integralmente o valor devido a título de ICMS. Diz que deixou claro, na impugnação inicial, que na maioria das operações autuadas o preço CIF da mercadoria já contemplava a despesa de capatazia, de forma que esta despesa aduaneira não poderia ser novamente considerada pela fiscalização, e ainda, que em nenhum momento alegou que o fato de a operação ser contratada com a cláusula CIF ou FOB, interferiria no modo de apuração do imposto. Assim, levou em consideração a condição de que as vendas foram realizadas apenas e tão somente para demonstrar a despesa de capatazia. Quanto às demais DIs, alega que não foram objeto de análise pelos autuantes, restando reconhecida a improcedência da autuação em relação às mesmas.

Com relação às infrações 07, 08 e 09, o defendente esclarece que embora discorde de tudo quanto alegado, os argumentos foram apresentados em sua impugnação inicial, e as questões foram devidamente debatidas, cabendo ao órgão julgador decidir. Finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 1378/1379, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC, para Auditor Fiscal estranho ao feito:

Em relação à primeira infração, excluir do levantamento fiscal, as notas fiscais que acobertaram outras operações que não a remessa para estocagem, a exemplo de remessa para testes e remessa para entrega futura, além de notas fiscais canceladas. Verificar se há comprovação de saídas de mercadorias para armazenagem a preço FOB, como alegou o defendente. Se for comprovado, apurar o preço de venda e refazer os demonstrativos de fls. 17 a 38, 86 a 96 e 122 a 134, considerando apenas as operações de remessa para estocagem com o novo preço de venda apurado. Verificar, também, se na apuração dos preços médios de venda os autuantes utilizaram somente as Notas Fiscais referentes às vendas de mercadorias que se encontravam armazenadas em outra unidade da Federação, ou se foram utilizadas as Notas Fiscais relativas às vendas interestaduais, cuja saída das mercadorias ocorreu diretamente do estabelecimento autuado.

Infração 02: apurar a alegação defensiva de que os créditos objeto da autuação são decorrentes da aquisição de peças, que além de terem sido registradas pelo impugnante no seu ativo imobilizado, possuem características de bens desta natureza, tendo em vista que foram

adquiridos para compor o maquinário do seu parque fabril, em virtude da implementação dos diversos projetos de ampliação e modernização. Foi solicitado, também, para que intimasse o autuado a apresentar os projetos de ampliação e modernização para se verificar a sua relação com as peças adquiridas, ou seja, o contribuinte comprovar a vinculação das Notas Fiscais objeto da autuação aos mencionados projetos, conforme alegado nas razões de defesa.

Infração 03: Apurar se os códigos de NCM e correspondente NBM constantes nas Declarações de Importação objeto da autuação, indicam que as mercadorias são beneficiadas pela redução de base de cálculo, de acordo com o Convênio ICMS 52/91. Apurar, também, os erros materiais apontados pelo defendente às fls. 608 a 612, em confronto com o levantamento fiscal (fls. 277/278). Solicitar ao autuado e acostar ao PAF as DIs Retificadoras com os respectivos códigos de NCM e NBM.

Infração 04: Apurar a alegação do defendente de que as diferenças encontradas pelos autuantes decorrem, na sua grande maioria, da inclusão de despesas de capatazia em duplicidade, e também, da desconsideração de pagamentos complementares efetuados. Deve também verificar os equívocos apontados pelo contribuinte (fls. 614 a 630), em confronto com o demonstrativo dos autuantes (fls. 279 a 281).

Infração 05: Apurar o critério utilizado pelos autuantes para fins de determinação da base de cálculo do ICMS nos retornos de conserto ao exterior, se está de acordo com o disposto no art. 626, § 1º do RICMS, que determina que o mesmo deve corresponder à diferença entre o valor da mercadoria remetida e o constante na Declaração de Importação, acrescido dos tributos federais acaso incidentes, bem como as despesas aduaneiras. Se necessário, elaborar novo demonstrativo.

Infração 09: Considerando a alegação defensiva e a confirmação dos autuantes de que os valores utilizados na apuração da base de cálculo foram retirados da contabilidade do autuado, em decorrência do não fornecimento de valores de outras despesas que deveriam compor a base de cálculo, como as despesas com a energia elétrica para mover as turbinas que impulsionam o eteno pelo dutovia. Verificar a existência de comprovantes de despesas que compõem o custo do serviço de transporte objeto da autuação fiscal, e se esses valores são inferiores aos valores utilizados no levantamento fiscal, devendo juntar ao PAF cópias dos documentos objeto da apuração.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 036/2009 (fls. 1380 a 1398), foi realizada a diligência solicitada, tendo sido informado pelo diligente que em relação à infração 01, após a verificação dos documentos e livros fiscais do contribuinte, além da planilha elaborada pelo autuante (fls. 17/159 do PAF), constatou que, de fato, foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais que acobertaram outras operações que não a remessa para estocagem, a exemplo de remessa para teste, para entrega futura, notas fiscais canceladas etc., sendo indicados exemplos e respectivas notas fiscais à fl. 1382. O diligente disse que isto influenciou na determinação da base de cálculo do imposto apurado em relação às operações de remessa para estocagem em outra unidade da Federação, e que outras operações não podem ser confundidas com as remessas para armazenagem. Portanto, todas as operações estranhas às remessas para estocagem em outra unidade da Federação foram retiradas do levantamento fiscal. Quanto às remessas para armazenagem a preço FOB, o diligente informa que a apuração realizada na fiscalização levou em consideração o preço médio mensal e não o preço unitário em operações de venda FOB a vista mais recente, conforme prevê o art. 56, inciso III, alínea “b” do RICMS/BA. Informa que foram refeitos os demonstrativos, computando o preço FOB efetivamente cobrado na operação mais recente, tendo sido considerado o reflexo do ICMS embutido dentro do próprio preço, porque o montante do imposto integra a sua própria base de cálculo, o que implicou preços diferentes para o mesmo produto nas operações de vendas interestaduais cujas saídas ocorreram diretamente do estabelecimento autuado a 18% e outras com tributação à alíquota de 12%. Após a diligência realizada, considerando as alterações efetuadas, o imposto originalmente apurado ficou reduzido para R\$195.020,57 (exercício de 2002); R\$171.706,47 (exercício de 2003) e R\$217.979,36 (exercício de 2004), conforme demonstrativos de fls. 1400 a 1405 dos autos.

Infração 02: O diligente informa que os produtos foram lançados como ativo fixo na contabilidade e escrita fiscal do autuado. Trata-se de um grupo extenso de material relacionado pelos autuantes às fls. 165 a 276, desde cabo de força, válvulas, juntas, porca, arruelas, software de computadores, impressoras, HD, nobreak, ar condicionado, câmaras fotográficas digitais, poltrona giratória, entre outros. Comenta sobre a definição de ativo imobilizado constante no art. 179, inciso IV, da Lei 6.404/76 e cita o art. 20 da Lei Complementar 87/96. Em relação aos projetos de expansão, ampliação e modernização do parque fabril do autuado, diz que analisou os produtos listados no levantamento fiscal (fls. 165/276) e ao final da exaustiva análise, apesar de não ter conseguido vincular alguns produtos de maior significância em termos de valores glosados aos mencionados projetos, concluiu que tais produtos são, de fato, destinados aos projetos de expansão, ampliação e modernização do parque industrial, cujas cópias de alguns desses projetos estão anexados ao presente PAF. Assim, o diligente afirma que os créditos fiscais objeto da autuação são decorrentes da aquisição de peças registradas no ativo imobilizado do estabelecimento e foram adquiridas para compor o maquinário relativo à implantação de diversos projetos de expansão, ampliação e modernização do parque fabril do autuado.

Infração 03: O diligente analisa cada uma das operações de importação citadas pelo defendente, concluindo que na maioria dos casos, o contribuinte fez o recolhimento do ICMS na importação dos equipamentos com redução da base de cálculo prevista no Convênio 52/91 em valores superiores aos apurados, considerando o percentual de redução. Diz que após análise efetuada e demonstrativos elaborados, com relação às DI's 01/674646-5 e 03/0095848-4 persistia o ICMS a ser recolhido no valor de R\$37.346,83 e R\$1.194,64, conforme planilha às fls. 1625/1626 e CD à fl. 1399.

Infração 04: O diligente informa que as operações objeto da exigência fiscal se referem à importação de nafta no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2004, sendo apurado o imposto em virtude da não inclusão, na base de cálculo, de despesas aduaneiras, além da utilização incorreta da taxa cambial, e ainda, a não consideração de pagamentos complementares. Em seguida, o diligente faz uma análise em relação à DI 02/0024039-5 concluindo que houve duplicidade da despesa de capatazia considerada no levantamento fiscal de fl. 279. Quanto às importações acobertadas pelas Declarações de números 02/0739789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6, também relacionadas no Demonstrativo de fl. 279, diz que não foram objeto de questionamento do impugnante, que apresentou documentação pormenorizada quanto às demais declarações contidas no levantamento fiscal, exceto aquelas que foram citadas anteriormente. O diligente entende que em relação às despesas de capatazia, não cabe a exigência do imposto, tendo em vista que em todas as operações examinadas os valores consignados pelos autuantes na rubrica DESPESAS ADUANEIRAS, a parcela correspondente já constava na própria DI incluída no preço CIF da mercadoria importada. Informa que deixou de apresentar os cálculos porque a exclusão das mencionadas parcelas fica ao critério do julgador, e também, porque o contribuinte não apresentou os documentos. O diligente prossegue analisando outras DI's em que foi alegado duplicidade de despesa de capatazia, e finaliza dizendo que houve a inclusão em duplicidade das despesas de capatazia, além da desconconsideração nos cálculos dos pagamentos complementares, remanescendo o valor demonstrado à fl. 1642.

Infração 05: Informa que o autuado remeteu para conserto no exterior 40,69 kg de paládio contido em catalizador exausto para fins de recuperação e posterior aproveitamento em novo catalizador, conforme nota fiscal 129340, de 12/01/2001 (fl. 758). Em 03/12/2001 o material retornou através da Declaração de Importação 01/1174472-0, adição 02, que consta "reimportação de mercadoria nacionalizada, enviada para recuperação e composição de um novo catalizador" (fl. 760). Retorno de 40,686 kg de paládio em formas semifaturadas contido no catalizador, constante da adição 01 da mesma DI, com o acréscimo de 8,1567 kg (fls. 758 a 765). O diligente faz uma análise da documentação anexada aos autos e diz que o autuado, em nenhum momento apresentou documentos que comprovem o recolhimento do imposto sobre o valor acrescido. Ressalta que a suspensão do pagamento do ICMS de que cuida o art. 626 do RICMS/BA é condicionada a que o retorno das mercadorias ocorra dentro do prazo de 180 dias contados da data de saída do

estabelecimento autor da encomenda, e o defendente não comprovou a existência de requerimento de prorrogação, mesmo quando solicitado no curso da diligência fiscal. Conclui informando que a base de cálculo apurada no presente lançamento não está de acordo com o disposto no art. 626, § 4º do RICMS/BA, não houve incidência de tributos federais, e as despesas de frete e seguro foram apropriadas proporcionalmente, conforme notas fiscais às fls. 765 e 1678.

Infração 09: O diligente informa que o consórcio em questão neste Auto de Infração, é formado pelo autuado e outras empresas do Estado de Alagoas, e do contrato (fls. 431 a 435) não resulta a criação de novo ente dotado de personalidade jurídica. Entende que não se pode cogitar da prestação de serviço sem a existência de duas ou mais pessoas jurídicas ou físicas, nas qualidades de tomador e de prestador dos serviços. Diz que no caso em tela, os autuantes utilizaram os valores lançados na contabilidade do autuado, na conta denominada ALUGUEL DE TUBOVIAS (fl. 1682), por não ter encontrado o preço do serviço. Portanto, a base de cálculo foi formada a partir de tais valores, conforme demonstrativo à fl. 291. Entende que houve equívoco dos autuantes porque o método por eles adotado, contraria a regra matriz da incidência do ICMS, qual seja, o preço do serviço, e os valores capturados na contabilidade do autuado e usados como base de cálculo na apuração do imposto exigido não se referem ao custo do serviço. Quanto ao consórcio, diz que é disciplinado pela Lei 6.404/76, havendo muita discussão acerca das limitações decorrentes da ausência de personalidade jurídica dos consórcios, no sentido de não faturar, não apurar lucros, não contratar, não ser contribuinte do imposto. Comenta sobre ensinamentos do Professor Modesto Carvalhosa, e conclui que os documentos destacados pela fiscalização, extraídos da contabilidade do contribuinte não identificam despesas ou custos que caracterizem a existência de prestação de serviço de transporte, não se refere a pagamento pelo autuado relativo ao transporte de produto. Assevera que os valores se referem a despesas do consórcio legalmente constituído, relativamente à manutenção de dutovias, de forma proporcional à participação de cada consorciado, conforme expresso em contrato específico.

O autuante Jorge Victor Grave se manifestou às fls. 1706 a 1710, quanto ao PARECER ASTEC Nº 036/2009, aduzindo que o referido parecer extrapola o pedido do relator, na medida em que apresenta juízo de valor e modifica a forma de apuração adotada na ação fiscal. Diz que em relação à primeira infração, não cabe discussão quanto ao preço unitário médio de venda, pois essa matéria já teve julgamento e decisão favorável tanto na 2ª JF (Acórdão 260-2/07), como na 2ª Câmara (Acórdão 375-12/07). Informa que o autuado realiza as operações objeto da autuação várias vezes ao dia, e neste caso, não há como saber qual a saída mais recente, tendo em vista que as notas fiscais não apresentam hora de saída. Assevera que outro equívoco do parecer, quanto à primeira infração, diz respeito às alíquotas praticadas no levantamento fiscal. A alíquota de 18% só ocorre dentro da Unidade Federada em que se situa o armazém geral. Não há saída da Bahia para outra unidade da Federação com a alíquota de 18%, considerando que nas saídas interestaduais tributadas, pela legislação deste Estado, são à alíquota de 12%.

Quanto à infração 02, o autuante diz que constatou equívoco do PARECER ASTEC Nº 036/2009. Salienta que a legislação permite a apropriação de créditos fiscais de ICMS quando da aquisição de materiais que de alguma forma passem a integrar projetos de expansão, ampliação ou modernização. Diz que o parecer acata alegações do autuado e anexou ao PAF cópia dos projetos ditos como direito ao crédito, mas a documentação apresentada (fls. 1420 e seguintes) demonstra que os projetos se referem a mera substituição de peças por desgaste. Afirma que os materiais substituídos por desgaste não podem ser considerados como de expansão, ampliação ou modernização, e a simples presença de um projeto não é motivo suficiente para permitir a apropriação de tais créditos fiscais. Salienta que outra incoerência do parecer se dá quando são autuadas notas fiscais relativas ao exercício de 2001 (fl. 1420) e o autuado apresenta projeto de ampliação referente a 2003 (fl. 1445). Entende que outros projetos não guardam relação com o objeto em discussão porque são meros projetos de contrato de montagem. O autuado apenas orienta a contratada como montar os equipamentos adquiridos, encontrando-se um projeto de 1997 (fl. 1595).

O autuante conclui que os projetos apresentados não guardam relação com as notas fiscais objeto da autuação fiscal, e que não é suficiente que exista um projeto, mas que haja uma relação com as notas fiscais em questão. Já os que guardam relação, não estão no conceito do crédito fiscal de expansão, ampliação ou modernização.

Infração 03: Diz que em relação à DI 01/0179726-0 o diligente considera que os produtos importados tinham código diverso do apresentado nos documentos acostados aos autos. Na DI 01/0444900-9 o parecer considera que o código 8414.80.33 não é esse, e sim, 8414.80.0404, sem qualquer prova nos autos neste sentido. Assim, entende que o parecer em comento mudou o código apresentado nos autos, através de presunção.

Infração 04: Esclarece que a cada importação forma-se um “processo de importação” e neste se arquivava todo o procedimento e documentos relativos a cada importação. Foi nessa documentação que os autuantes encontraram os elementos que revelavam o valor da despesa com o serviço de capazia. Diz que foram acostados aos autos documentos por amostragem, porque com isso, visaram alcançar os princípios constitucionais da eficiência e da economia, e que, como as demais DIs apresentam a mesma situação, fica ao critério do julgador a decisão sobre a questão. Quanto à DI 04/1277142-4, diz que além das despesas aduaneiras, encontrou outro erro na base de cálculo em função da inclusão a menos dos valores de PIS e COFINS pagos pelo autuado. Informa que a documentação acostada ao mencionado parecer faz prova de que os valores recolhidos nessa importação foram utilizados pelos autuantes na planilha de pagamento expedida pela Receita Federal, e o parecer desconsidera os dados oficiais da Receita Federal. Se existe algum valor pago à Receita Federal, esse valor deve ser utilizado na apuração da base de cálculo, e recolhimentos efetuados a mais podem ser objeto de restituição.

Infração 05: Esclarece que a exigência do imposto foi efetuada de acordo com o art. 626, § 4º, inciso III do RICMS/BA, isto é, o valor acrescido na importação, exatamente nos termos da referida norma.

Infração 09: Diz que o parecer trilhou por caminho diferente do solicitado pelo relator. O diligente apresentou interpretação de dispositivo de lei, posicionamento em relação a uma corrente doutrinária, antecipando-se ou substituindo o Colegiado, emitindo juízo de valor. Afirma que as provas constantes dos autos são contundentes, encontrando-se uma ordem de crédito no Banco Itaú em favor do Consórcio Etnoduto, e apesar de o autuado ser intimado a apresentar a composição das despesas com o Etenoduto, o contribuinte não atendeu ao solicitado. Salienta que há fortes provas nos autos de que o Consórcio auferiu renda, como atesta o Parecer e não há como ignorar as provas constantes dos autos. Diz que a forma de apuração do débito é que pode ser discutida, diante de parâmetros que servissem de paradigma, ou de apresentação das despesas pelo autuado. Informa que em relação à conta contábil “Aluguel de Tubovia”, ou se usava esses valores ou se permitia que o autuado se beneficiasse ao não fornecer os valores solicitados pelos autuantes. Conclui que o PARECER ASTEC deve ser refeito para que se restabeleça a verdade dos fatos apurados na ação fiscal.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 036/2009 o autuado se manifestou às fls. 1713 a 1722, aduzindo que em relação às infrações 04 e 05 discorda de algumas conclusões apresentadas pelo diligente. Quanto à infração 04, alega que o diligente constatou que, de fato, houve inclusão em duplicidade das despesas de capatazia pelos autuantes e que foram desconsiderados os pagamentos complementares efetuados pelo autuado. Diz que o diligente refez os cálculos apurando um débito remanescente no valor de R\$523.167,85. Mas o referido valor se deve em parte à manutenção, pelo diligente do cálculo efetuado no levantamento fiscal, quanto às Declarações de Importação de números 02/0739789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6. Alega que o diligente concluiu acertadamente que em relação ao citado grupo de DIs é de se presumir a inclusão em duplicidade das despesas de capatazia, e diante dos esclarecimentos prestados pelo diligente, não restam dúvidas quanto ao erro cometido pelos autuantes em relação às demais Declarações de Importação. Assim, entende que se afigura imperiosa a exclusão por esta Junta de Julgamento Fiscal dos valores relativos às despesas de capatazia do débito apurado, em

relação às DIs 02/0739789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6. Assegura que está empreendendo buscas em seus arquivos, a fim de localizar a documentação que comprovará o quanto identificado pelo diligente.

Infração 05: Alega que o diligente concluiu que em relação à base de cálculo apurado, assiste razão ao defendente quanto ao equívoco na identificação dos documentos que dariam suporte à exigência fiscal. Diz que em relação ao ICMS incidente sobre o valor acrescido no exterior, após o conserto, contrariamente ao afirmado pelo diligente, foi recolhido o valor devido. Quanto às NFs 1510 e 1548, afirma que tais documentos registram a entrada do novo catalizador no estabelecimento autuado, e no corpo das referidas notas fiscais o autuado teve o cuidado de fazer expressa menção à Adição nº 001 da DI 01/1174472-0, que se refere à mercadoria acrescida no exterior após conserto. Alega que em ambas as notas fiscais foi destacado o ICMS incidente sobre a operação, o qual foi recolhido através de Documento de Arrecadação Estadual. Portanto, o defendente afirma que recolheu o ICMS incidente sobre o acréscimo sofrido pelo equipamento remetido ao exterior para conserto, por isso, discorda parcialmente das conclusões apresentadas pelo diligente. Pede que seja retificado o PARECER ASTEC nº 36/2009.

O autuado apresentou nova manifestação às fls. 1730 a 1733, alegando que na manifestação anterior quanto aos termos do PARECER ASTEC nº 36/2009 teceu algumas considerações acerca das conclusões obtidas pelo fiscal diligente, relativamente à Infração 04, e não obstante tenha concordado com as conclusões obtidas pelo fiscal diligente no tocante a essa infração, apontou o erro material por ele incorrido ao elaborar o novo demonstrativo do correspondente débito, posto que deixou de excluir as despesas de capatazia computadas em duplicidade na apuração do imposto incidente sobre as importações acobertadas pelas Declarações de nºs 02/0739789-4; 02/0730793-2; 02/0732443-8; 02/0733500-6, e apresenta informações para demonstrar que as despesas de capatazia já se encontravam incluídas no preço das mercadorias importadas.

Observa que na Nota Fiscal de nº 2022, que registra a entrada da mercadoria importada, objeto da DI em referência, o preço da nafta adquirida monta exatos R\$ 5.728.549,69, constando nela observação relevante, na sua parte inferior esquerda, de que o “valor da capatazia, R\$3.276,57, incluso no valor CIF da mercadoria”. Assim, entende que o valor da capatazia já compôs o preço CIF da mercadoria importada, estando nele inserido; de modo que não poderia o fiscal autuante computá-la mais uma vez base de cálculo do ICMS. Por isso, entende que o demonstrativo do PARECER ASTEC deve ser retificado. O defendente pugna pela exclusão da despesa de capatazia computada em duplicidade, porém mantida no cálculo efetuado pelo fiscal diligente, alegando o mesmo em relação às demais DIs citadas nas razões de defesa. Pede a juntada de documentos para que sejam retificados os cálculos elaborados pelo diligente quanto à infração 04, relativamente à apuração do imposto incidente sobre as importações acobertadas pelas Declarações de nºs 02/0730789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6.

Considerando as alegações apresentadas pelo autuado em sua impugnação, a informação fiscal prestada pelos autuantes, que não acataram os argumentos defensivos e a diligência anteriormente realizada pela ASTEC, existindo pontos da autuação fiscal que ainda mereciam esclarecimentos adicionais, esta JJF converteu o presente processo em nova diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 1763/1764) para o diligente:

1. Quanto à primeira infração, refazer os demonstrativos da diligência anterior, aplicando a alíquota de 12% em todas as operações, considerando que esta é a alíquota prevista para as operações interestaduais de remessa para armazenagem.
2. Em relação à segunda infração, foi informado na diligência que os créditos fiscais objeto da autuação são decorrentes da aquisição de peças registradas no ativo imobilizado do estabelecimento que foram adquiridas para compor o maquinário relativo à implantação de diversos projetos de expansão, ampliação e modernização do parque fabril do autuado. Entretanto, os autuantes informaram na manifestação de fls. 1706/1710, que os projetos

apresentados não guardam relação com as notas fiscais objeto da autuação, e que se referem ao exercício de 2001, mas o autuado apresentou projeto de ampliação referente ao ano de 2003. Esclarecer a divergência apontada.

3. Quanto à infração 03, esclarecer os equívocos na diligência anterior, apontadas pelo autuante, inclusive em relação às DIs 01/0179726-0 e 01/0444900-9.
4. O defendente alegou que em relação à infração 04, o diligente refez os cálculos apurando um débito remanescente no valor de R\$523.167,85. Mas o referido valor se deve em parte à manutenção, pelo diligente do cálculo efetuado no levantamento fiscal, quanto às Declarações de Importação de números 02/0739789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6. Observar que na Nota Fiscal de nº 2022, que registra a entrada da mercadoria importada, objeto da DI em referência, o preço da nafta adquirida monta exatos R\$ 5.728.549,69, constando nela observação relevante, na sua parte inferior esquerda, de que o “valor da capatazia, R\$3.276,57, incluso no valor CIF da mercadoria”. Deve o diligente se posicionar quanto aos cálculos referentes às importações acobertadas pelas Declarações de nºs 02/0730789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6, contestadas pelo autuado.
5. Em relação à infração 05, o defendente afirma que recolheu o ICMS incidente sobre o acréscimo sofrido pelo equipamento remetido ao exterior para conserto, por isso, discorda das conclusões apresentadas pelo diligente e pede que seja retificado o PARECER ASTEC nº 36/2009. Neste caso, o diligente deve apurar se, efetivamente, o autuado recolheu o ICMS alegado nas razões defensivas e se o montante recolhido corresponde ao valor exigido no presente lançamento, indicando o valor remanescente, se houver.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 209/2010 (fls. 1766 a 1773), o diligente informou quanto à infração 01, que o autuante aplicou a alíquota de 12%, prevista em todas as operações interestaduais, o que foi confirmado pelo autuado à fl. 562 do PAF. O diligente informa que na primeira diligência, além de ter excluído diversas notas fiscais que acobertaram outras operações diferentes de remessas para estocagem, confirmou que a formação do preço unitário médio não tinha suporte legal, porque levou em consideração o preço médio mensal, tendo sido adotado na diligência, o preço FOB mais recente. Portanto, os demonstrativos foram refeitos com a exclusão das saídas estranhas à operação, além da correção do preço médio, utilizando-se o preço FOB mais recente, e foi considerado o reflexo do ICMS embutido no preço. Nesta segunda diligência, foi informado que na primeira diligência foi utilizada a alíquota de 12% em todas as operações de remessa para armazenagem. Diz que o autuado não se insurgiu contra a mencionada alíquota, contestando apenas as notas fiscais de outras operações estranhas às remessas para armazenagem. Quanto ao segundo pedido da diligência, informa que os autuantes sustentam que houve erro no parecer anterior, por conta dos projetos apresentados pelo autuado. Os projetos das fls. 1498 a 1602 são projetos relativos a contratos de montagem e não guardam relação com o objeto em discussão e que entre eles há um projeto de 1997. Analisando os projetos apresentados pelo defendente, constatou que há um memorial descritivo de um projeto de nº 5962, datado de 14/11/1997, ano distante dos exercícios fiscalizados (2001 a 2003). Diz que no projeto consta um subtítulo “Obra – Substituição Cabos de 15Kv – Circuito IP da SE-SEGIN, demonstrando tratar-se de um projeto de um período muito distante dos exercícios em que foram glosados os créditos. Informa que o autuado apresentou à fl. 1416 uma relação de notas fiscais, em sua maioria do exercício de 2001. Também informa que o projeto apresentado pelo defendente à fl. 1462 é datado de agosto de 1999 e os projetos de fls. 1498 a 1602, são datados de setembro de 2001, considerados pelo autuante como sem relação com o objeto da discussão. Quanto às divergências relacionadas ao código NBM/SH dos produtos importados, cujas considerações feitas pela primeira diligência altera os valores calculados e reclamados pelos autuantes, diz que na primeira diligência foi considerado que a classificação NBM correspondente para outros compressores de gases e centrífugos é 8414.80.0404. Para a mencionada NBM a NCM correspondente é 8414.14.8033. Informa que, consultando-se o anexo I do Convênio ICMS 52/91, encontra-se listada a nomenclatura da mercadoria em questão, provando-se o correto entendimento constante na primeira diligência.

Em relação à infração 04, diz que na diligência anterior, entendeu-se que existia, de fato, duplicidade na despesa de capatazia considerada no demonstrativo de fl. 279, sendo elaborado novo demonstrativo com os devidos ajustes às fls. 1642, reduzindo-se o valor da infração para R\$523.187,85. Diz que o fiscal diligente não levou em consideração as DIs 02/0739789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6. Também informa que analisando o demonstrativo da primeira diligência constatou erro de cálculo da DI 303091422. Uma diferença significativa aparece também na DI 306710522, em que o valor do preço CIF de R\$21.927.002,59, aparece com um valor contábil de R\$21.642.744,78, uma redução de R\$287.588,83. Assim, foi elaborado novo demonstrativo de cálculo com as devidas correções, ficando alterado o valor total desta infração para R\$786.045,12, superior ao valor encontrado no Parecer nº 036 (R\$523.167,85). Quanto à infração 05, informa que o impugnante anexou notas fiscais de números 1510 e 1548, como sendo notas fiscais complementares (fls. 1676/1677), da adição nº 01 da Declaração de Importação e notas fiscais 1511 e 1549, como sendo também complementares da adição 02. Diz que os documentos apresentados pelo contribuinte, embora comprovem que houve recolhimento do ICMS, não foram acompanhados de um memorial de cálculo que separasse o ICMS relativo à importação do novo catalizador, da parte do paládio que não continha na remessa inicial ao exterior. Além disso, não demonstrou o acréscimo de valor agregado porventura existente no paládio que regressou ao país, nem comparou as taxas cambiais na data de saída e de retorno, de modo a expurgar a variação cambial. Diz que apesar da contestação do autuado em relação à diligência anterior, ainda apresentou para esta diligência comprovantes de recolhimento insuficientes para elidir a exigência fiscal, haja vista que o simples fato de haver recolhimento sobre a DI de reimportação do paládio, não implica que tenha sido recolhido a parte relativa ao paládio “novo”. Diz que além dos documentos comprobatórios da exportação, o autuado teria de apresentar o memorial de cálculo com os dados relativos ao pagamento do catalisador novo, na quantidade acrescida do paládio no retorno, que o autuado afirma ter pago. Informa que na última manifestação, o autuado apresentou a DI que já constava no PAF e o comprovante de pagamento relativo a essa DI. Assegura que na forma como foi apresentada, não é possível assegurar que se refere ao acréscimo do paládio. Assim, o diligente mantém a conclusão constante na diligência anterior, por insuficiência de dados para avaliação dos critérios e dos cálculos adotados pelo autuado para recolhimento do ICMS nos DAEs apresentados.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 209/2010, o defendente se manifestou às fls. 1779 a 1794. Faz um breve relato do PAF e apresenta o entendimento de que, ao se manifestar sobre as infrações 01 e 03, o Auditor Fiscal diligente corroborou com o entendimento consolidado na primeira diligência fiscal, que já havia confirmado a improcedência dos mencionados itens do Auto de Infração. Quanto à infração 02, diz que o diligente confirmou que haviam sido juntados aos autos um projeto datado de 1997 e outro de 1999, enquanto que as notas fiscais relacionadas nos projetos eram datadas de 2001 a 2003. Analisando as informações trazidas pelo diligente, o autuado alega que embora sejam verídicos, os esclarecimentos não são capazes de modificar o resultado da primeira diligência. Primeiro, porque o fato de existirem projetos datados dos anos de 1997 e 1999, não significa que tais projetos não estejam vinculados às notas fiscais objeto da autuação, porque estes documentos estão relacionados aos exercícios de 2001, 2002 e 2003. Alega que em face da complexidade da atividade desenvolvida pelo estabelecimento autuado, existem diversos projetos que começam a ser implementados, mas a sua execução se prolonga no tempo durante anos, e isto é absolutamente normal na consecução das atividades industriais petroquímicas desenvolvidas pelo autuado. O defendente diz que o surpreendente é o fato de os autuantes conhecerem a complexidade das atividades desenvolvidas pelo autuado, entenderem que isto seria possível de acontecer, a ponto de afirmarem que tais projetos não guardam relação com as notas fiscais objeto da autuação, em função do interstício temporal. Também alega que o fato de os projetos apontados pelo diligente no seu parecer mencionarem a realização de substituição de componentes de maquinários, bem como dos próprios equipamentos, não desqualifica as conclusões da primeira diligência realizada, que confirmou que os créditos fiscais glosados são, de fato, decorrentes da aquisição de pelas registradas contabilmente no ativo imobilizado do



estabelecimento autuado, que foram adquiridas para compor este grupo de bens. Diz que a montagem não pressupõe apenas a junção de peças e componentes, mas a execução de obras que ajustem o novo equipamento às instalações e infra-estrutura existente. O defendente reitera o seu pedido para que este item do Auto de Infração seja julgado improcedente. Quanto à infração 04, o defendente afirma que demonstrou de forma cabal que houve a inclusão em duplicidade das despesas de capatazia na base de cálculo do imposto exigido. Em relação à nova diligência efetuada por preposto da ASTEC, o defendente diz que o diligente excluiu devidamente os valores das despesas de capatazia que remanesciam em duplicidade no cálculo do imposto exigido após a primeira diligência. Entretanto, o diligente não se limitou a realizar o trabalho determinado pela Junta de Julgamento Fiscal, na medida em que passou a executar uma revisão de todo o lançamento, mais precisamente em relação às taxas de câmbio utilizadas pelos autuantes. Na revisão efetuada foram identificados débitos significativamente maiores que aqueles lançados, em relação às DI's 300673315, 306005497 e 306710522. Entende que tal procedimento afigura-se inapropriado porque o valor do crédito tributário jamais poderia ser majorado através de diligência requerida pelo órgão julgador. Quanto à definição de diligência cita o art. 150 do RPAF/99 e diz que o diligente ultrapassou a competência que lhe fora outorgada. Cita o que estabelece o art. 156 do RPAF e alega que qualquer novo valor, ainda que relacionado aos mesmos fatos geradores, apenas seria possível caso o crédito tributário correspondente houvesse sido regularmente constituído pela autoridade administrativa competente. Assim, o defendente alega que restou demonstrada a nulidade da majoração dos valores originalmente exigidos.

Infração 05: O defendente reiterou as razões anteriormente expostas, e disse que o diligente não trouxe aos autos qualquer elemento que já não estivesse devidamente rebatido. Diz que na primeira diligência, o preposto da ASTEC concluiu que assiste razão ao defendente quanto ao equívoco na identificação dos documentos que dariam suporte à presente autuação. As NFs 1510 e 1548 registram a entrada em seu estabelecimento de novo catalizador, o qual tem sua base de cálculo composta tanto pelos 40,686 kg. de paládio remetidos ao exterior para conserto, quanto pelos 8,1576 kg. dessa substância, cujo ingresso se deu pelo regime normal de importação. Salienta que no corpo das referidas notas fiscais o autuado teve o cuidado de fazer expressa menção à Adição nº 001 da DI 01/1174472-0, e que em ambas as notas fiscais foi destacado o ICMS incidente sobre a operação, tendo sido recolhido o imposto através de Documento de Arrecadação Estadual. Portanto, o defendente discorda das conclusões apresentadas na última diligência fiscal, pedindo que seja declarada a inexistência de débito neste item da autuação. Caso assim não entenda a JJF, alega que mesmo assim, não há como prosperar a exigência fiscal, porque o critério utilizado pelos autuantes para o cálculo do imposto não encontra amparo na legislação do ICMS. Portanto, o defendente reitera o seu pedido de improcedência desta infração.

## VOTO

Inicialmente analisando a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, constato que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O defendente apresentou o entendimento de que a descrição das irregularidades e o enquadramento dos dispositivos apontados como infringidos resultam imprecisão da acusação fiscal, impedindo o direito de defesa.

Observo que o autuado entendeu a acusação fiscal e os cálculos elaborados pelos autuantes, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal.

Quanto à alegação da existência de possível equívoco no enquadramento legal das infrações, saliento que de acordo com o art. 19 do RPAF/99, não implica nulidade da autuação provável erro de

indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal.

Portanto, não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do Auto de Infração, exceto quanto à infração 05.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente ao exercício de 2001, observo que a legislação estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o 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.

Observo 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:

*Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

...

*§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2001 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2006. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2006, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, a primeira infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias tributadas para armazenagem em outras unidades da Federação com o valor da operação inferior ao valor das vendas na praça remetente, nos exercícios de 2002 a 2004. Demonstrativo às fls. 17/38 do PAF.

O defendente apresentou o entendimento de que as operações objeto da autuação encontram-se enquadradas na hipótese genérica do inciso III do art. 56 do RICMS/BA, e que não ocorre transferência de propriedade da mercadoria nas remessas para armazenagem, inexistindo valor a ser atribuído à operação.

Entendo que apesar de não haver transferência de propriedade da mercadoria no caso de remessa para armazenagem, o contribuinte deve adotar a base de cálculo de acordo com o previsto no art. 56, inciso III, alínea “b” do RICMS/97, abaixo reproduzido, salientando-se que foi este o entendimento constante do voto vencedor na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, conforme Acórdão CJF Nº 0375-12/07.

*Art. 56. A base de cálculo do ICMS, nas operações internas e interestaduais realizadas por comerciantes, industriais, produtores, extratores e geradores, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é:*

*I - na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade (art. 2º, I, II, III e IV), o valor da operação;*

*II - na entrada, no território deste Estado, de energia elétrica, de petróleo e de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando oriundos de outra unidade da Federação e não destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (art. 2º, X), o valor da operação de que decorrer a entrada;*

*III - na falta do valor a que se referem os incisos anteriores:*

*a) o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da operação ou, na sua falta, no mercado atacadista regional, caso o remetente seja produtor, extrator ou gerador, inclusive de energia;*

*b) o preço FOB de estabelecimento industrial a vista, caso o remetente seja industrial (§ 1º);*

*c) o preço FOB de estabelecimento comercial a vista, nas vendas a outros comerciantes ou industriais, caso o remetente seja comerciante (§§ 1º e 2º);*

*§ 1º Para aplicação do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso III deste artigo, adotar-se-á, sucessivamente:*

*I - o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente;*

*II - caso o remetente não tenha efetuado venda de mercadoria, o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da operação ou, na falta deste, no mercado atacadista regional.*

Nas razões defensivas, o autuado também alegou que foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais que acobertaram outras operações que não a remessa para estocagem, a exemplo de remessa para testes e remessa para entrega futura, além de notas fiscais canceladas.

Quanto a esta alegação, foram realizadas diligências fiscais por prepostos da ASTEC, tendo sido informado na segunda diligência (PARECER ASTEC Nº 209/2010 - fls. 1766 a 1773), que na primeira diligência, além de ter excluído diversas notas fiscais que acobertaram outras operações diferentes de remessas para estocagem. Confirmou que a formação do preço unitário médio não tinha suporte legal, porque levou em consideração o preço médio mensal, tendo sido adotado naquela diligência, o preço FOB mais recente. Portanto, os demonstrativos foram refeitos com a exclusão das saídas estranhas à operação, além da correção do preço médio, utilizando-se o preço FOB mais recente, e foi considerado o reflexo do ICMS embutido no preço. Na segunda diligência, foi informado que na primeira diligência foi utilizada a alíquota de 12% em todas as operações de remessa para armazenagem e que o autuado não se insurgiu contra a mencionada alíquota, contestando apenas as notas fiscais de outras operações estranhas às remessas para armazenagem.

Quanto à possibilidade da existência de recolhimentos efetuados a mais, constante no Parecer ASTEC, observo que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96.

Acatando as informações prestadas pelo preposto da ASTEC, concluo pela procedência parcial desta infração, tendo em vista que foram refeitos os demonstrativos, computando o preço FOB efetivamente cobrado na operação mais recente, tendo sido considerado o reflexo do ICMS embutido dentro do próprio preço. Após as diligências realizadas, considerando as alterações efetuadas, o imposto originalmente apurado ficou reduzido para R\$627.018,48, sendo R\$195.258,46

(exercício de 2002); R\$172.036,84 (exercício de 2003) e R\$259.723,18 (exercício de 2004), conforme quadro abaixo, elaborado com base nos demonstrativos de fls. 1400 a 1405 dos autos e CD à fl. 1399:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
28/02/2002	09/03/2002	0,26
30/04/2002	09/05/2002	2.771,75
31/05/2002	09/06/2002	191,35
30/06/2002	09/07/2002	19.591,56
31/07/2002	09/08/2002	15.509,63
31/08/2002	09/09/2002	56.948,91
30/09/2002	09/10/2002	39.089,31
31/10/2002	09/11/2002	10.677,40
30/11/2002	09/12/2002	19.684,94
31/12/2002	09/01/2003	30.793,35
31/01/2003	09/02/2003	11.357,99
28/02/2003	09/03/2003	709,04
31/03/2003	09/04/2003	6.189,57
30/04/2003	09/05/2003	5.379,54
31/05/2003	09/06/2003	5.473,05
31/07/2003	09/08/2003	30.746,67
31/08/2003	09/09/2003	9.685,03
30/09/2003	09/10/2003	37.545,60
31/10/2003	09/11/2003	32.288,57
30/11/2003	09/12/2003	18.738,35
31/12/2003	09/01/2004	13.923,43
31/01/2004	09/02/2004	21.783,93
28/02/2004	08/03/2004	6.071,07
31/03/2004	09/04/2004	77.719,38
30/04/2004	09/05/2004	1.497,05
31/05/2004	09/06/2004	6.288,34
30/06/2004	09/07/2004	49.899,77
31/07/2004	09/08/2004	27.538,41
31/08/2004	09/09/2004	19.888,56
30/09/2004	09/10/2004	6.770,55
31/10/2004	09/11/2004	20.420,88
30/11/2004	09/12/2004	21.845,24
<b>T O T A L</b>	-	<b>627.018,48</b>

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS em função de as aquisições de material de uso/consumo do estabelecimento terem gerado crédito fiscal (com tratamento de ativo fixo), sendo apropriado mensalmente 1/48 do valor do imposto destacado e acrescido do valor da diferença de alíquota, nos exercícios de 2001 a 2006. Demonstrativo às fls. 160 a 276 do PAF.

Constitui crédito do ICMS, o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, conforme art. 93, V, “a” do RICMS/97, sendo vedado ao contribuinte creditar-se do imposto quando a operação ou prestação se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento (art. 97, IV, “c”, RICMS/BA)

No PARECER ASTEC Nº 36/2009 (fls. 1380/1398), foi informado pelo diligente que os produtos foram lançados como ativo fixo na contabilidade e escrita fiscal do autuado. Trata-se de um grupo extenso de material relacionado pelos autuantes às fls. 165 a 276, desde cabo de força, válvulas, juntas, porcas, arruelas, software de computadores, impressoras, HD, nobreak, ar condicionado, câmaras fotográficas digitais, poltrona giratória, entre outros. Em relação aos projetos de expansão, ampliação e modernização do parque fabril do autuado, diz que analisou os produtos listados no levantamento fiscal (fls. 165/276) e ao final da exaustiva análise, apesar de não ter conseguido vincular alguns produtos de maior significância em termos de valores glosados aos mencionados projetos, concluiu que tais produtos são, de fato, destinados aos projetos de expansão, ampliação e modernização do parque industrial, cujas cópias de alguns desses projetos estão anexados ao presente PAF. Assim, o diligente afirmou que os créditos fiscais objeto da autuação são decorrentes da aquisição de peças registradas no ativo imobilizado do estabelecimento e foram adquiridas para compor o maquinário relativo à implantação de diversos projetos de expansão, ampliação e modernização do parque fabril do autuado.

Na informação prestada em relação ao PARECER ASTEC Nº 36/2009, o autuante esclareceu que as notas fiscais objeto da autuação se referem ao exercício de 2001 (fl. 1420) e que o autuado apresentou projeto de ampliação relativo a 2003 (fl. 1445). Afirma que outros projetos não guardam relação com o objeto em discussão porque são meros projetos de contrato de montagem. Por isso, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou nova diligência à ASTEC para novas apurações e os necessários esclarecimentos quanto às divergências apontadas pelo autuante.

No PARECER ASTEC Nº 209/2010 (fls. 1766 a 1773), foi esclarecido pelo diligente que os projetos das fls. 1498 a 1602 são relativos a contratos de montagem e não guardam relação com o objeto em discussão e que entre eles há um projeto de 1997. Analisando os projetos apresentados pelo defendente, constatou que há um memorial descritivo de um projeto de nº 5962, datado de 14/11/1997, ano distante dos exercícios fiscalizados (2001 a 2003). Diz que no projeto consta um subtítulo “Obra – Substituição Cabos de 15Kv – Circuito IP da SE-SEGIN, demonstrando tratar-se de um projeto que se refere a um período muito distante dos exercícios em que foram glosados os créditos. Informa que o autuado apresentou à fl. 1416 uma relação de notas fiscais, em sua maioria do exercício de 2001, e que o projeto apresentado pelo defendente à fl. 1462 é datado de agosto de 1999 e os projetos de fls. 1498 a 1602, são datados de setembro de 2001.

Com base nas informações prestadas nas diligências da ASTEC, constato que embora tenha sido informado no primeiro PARECER ASTEC que os créditos correspondem a bens relativos à implantação de diversos projetos, não ficou comprovada a alegação do autuado de que esses bens foram adquiridos para compor o maquinário de seu parque fabril em virtude da implementação de projetos de modernização e ampliação, inclusive, pelo fato de que o único projeto da época se refere a “montagem de instrumentação”, conforme ressaltou o autuante, o que também foi confirmado na segunda diligência fiscal. Portanto, concluo pela manutenção da exigência fiscal.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos exercícios de 2001 a 2004. Importações de mercadorias não amparadas pelo benefício fiscal da redução, permitida pelo Convênio 52/91, em função da classificação fiscal (NCM/NBM) das mercadorias discriminadas nas DI's não estarem relacionadas nos anexos do mencionado Convênio. Demonstrativo às fls. 277/278 do PAF.

Conforme estabelece a cláusula primeira do Convênio ICMS 52/91, é reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais indicados no referido Convênio.

O Anexo I apresenta a descrição de máquinas, aparelhos e equipamentos e os respectivos códigos de NCM/SH, inexistindo qualquer indicação quanto ao código de NBM.

Este item foi objeto de diligência efetuada por preposto da ASTEC. No PARECER ASTEC Nº 036/2009 (fls. 1380 a 1398), o diligente analisa cada uma das operações de importação citadas pelo defendente, concluindo que na maioria dos casos, o contribuinte fez o recolhimento do ICMS na importação dos equipamentos com redução da base de cálculo prevista no Convênio 52/91 em valores superiores aos apurados, considerando o percentual de redução. Diz que após análise efetuada e demonstrativos elaborados, com relação às DI's 01/674646-5 e 03/0095848-4 persistia o ICMS a ser recolhido no valor de R\$37.346,83 e R\$1.194,64, conforme planilha às fls. 1625/1626 e CD à fl. 1399.

Considerando que o autuante não acatou as conclusões apresentadas pelo diligente da ASTEC, foi encaminhada nova diligência fiscal. No PARECER ASTEC Nº 209/2010 (fls. 1766 a 1773), foi esclarecido pelo diligente que em relação às divergências relacionadas ao código NBM/SH dos produtos importados, cujas considerações feitas pela primeira diligência alteraram os valores calculados e reclamados pelos autuantes, diz que na primeira diligência foi considerado que a classificação NBM correspondente para outros compressores de gases e centrífugos é 8414.80.0404. Para a mencionada NBM a NCM correspondente é 8414.14.8033, conforme tabela à fl. 1775 dos autos. Informa que, consultando-se o anexo I do Convênio ICMS 52/91 (fl. 1776 do PAF), encontra-se listada a nomenclatura da mercadoria em questão, provando-se o correto entendimento constante na primeira diligência.

Considerando que no processo administrativo fiscal deve prevalecer a verdade material apurada nas diligências fiscais realizadas, independente de quem seja competente para efetuar alteração dos códigos de NBM ou NCM, acato as conclusões apresentadas no PARECER ASTEC Nº 209/2010 (fls. 1766 a 1773), e concluo pela procedência parcial desta infração no valor total de R\$38.541,47, sendo de R\$37.346,83 referentes a julho de 2001 e R\$1.194,64 correspondentes a fevereiro de 2003, conforme planilha às fls. 1625/1626 e CD à fl. 1399 do PAF.

Infração 04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, pela utilização incorreta da taxa cambial. Apuração a menos da base de cálculo do ICMS na importação de nafta e de óleos brutos de petróleo (condensado), por aplicação de taxa de conversão cambial distinta da empregada pela Receita Federal na apuração dos tributos federais, não amparada por DI retificadora da taxa cambial. Utilização, ainda, de PIS e Cofins diversos dos apurados pela Receita Federal na DI 04/1277142-4, e embora tenha sido apresentada DI retificadora não modificou os valores dos tributos apurados na DI original. Demonstrativo às fls. 279 a 281 do PAF.

Este item do Auto de Infração também foi objeto de diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal para a ASTEC. No PARECER ASTEC Nº 036/2009 (fls. 1380 a 1398) o diligente fez uma análise da DI's questionadas pelo autuado, inclusive aquelas em que foi alegado duplicidade das despesas de capatazia no levantamento fiscal, além da desconsideração nos cálculos da fiscalização, de pagamentos complementares efetuados. Assim, o diligente elaborou o demonstrativo à fl. 1642, apurando o débito remanescente.

O autuante não concordou com as conclusões do preposto da ASTEC. O defendente se manifestou dizendo que, não obstante tenha concordado com o Parecer da ASTEC, constatou erro material na elaboração do novo demonstrativo, haja vista que ainda deixou de excluir despesas de capatazia computadas em duplicidade, relativamente às Declarações de Importação que indicou nas razões de defesa, pedindo a retificação dos cálculos elaborados pelo diligente.

Conforme nova diligência efetuada, foi informado no PARECER ASTEC Nº 209/2010 (fls. 1766 a 1773) que na diligência anterior, entendeu-se que existia, de fato, duplicidade na despesa de capatazia considerada no demonstrativo de fl. 279, sendo elaborado novo demonstrativo com os devidos ajustes às fls. 1642, reduzindo-se o valor da infração para R\$523.187,85. Também foi informado que na diligência anterior o diligente não levou em consideração as DI's 02/0739789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6. Que após análise do demonstrativo da primeira diligência

foi constatado erro de cálculo da DI 303091422. Uma diferença significativa aparece também na DI 306710522, em que o valor do preço CIF de R\$21.927.002,59, aparece com um valor contábil de R\$21.642.744,78, uma redução de R\$287.588,83. Assim, foi elaborado novo demonstrativo de cálculo com as devidas correções, ficando alterado o valor total desta infração para R\$786.045,12, conforme demonstrativo à fl. 1774 dos autos.

Vale salientar, que o autuado foi intimado quanto ao mencionado PARECER ASTEC Nº 209/2010, se manifestando às fls. 1779/1794, alegando que o diligente excluiu devidamente os valores das despesas de capatazia que remanesciam em duplicidade no cálculo do imposto exigido após a primeira diligência. Entretanto, o diligente não se limitou a realizar o trabalho determinado pela Junta de Julgamento Fiscal, na medida em que passou a executar uma revisão de todo o lançamento, mais precisamente em relação às taxas de câmbio utilizadas pelos autuantes. Na revisão efetuada foram identificados débitos significativamente maiores que aqueles lançados, em relação às DI's 300673315, 306005497 e 306710522. Entende que tal procedimento afigura-se inapropriado porque o valor do crédito tributário jamais poderia ser majorado através de diligência requerida pelo órgão julgador.

De acordo com o art. 156 do RPAF/BA, ocorrendo evidência de agravamento da infração, o órgão julgador deve representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal. Entretanto, no caso em exame, não houve agravamento da infração haja vista que não houve aumento do débito total apurado neste item da autuação. Ao contrário, após a revisão efetuada por preposto da ASTEC, o total do débito originalmente apurado ficou reduzido para R\$786.045,12, e o defendente não contestou os dados numéricos do levantamento efetuado pelo diligente da ASTEC.

Acato as conclusões apresentadas no PARECER ASTEC Nº 209/2010 (fls. 1766 a 1773), e concluo pela procedência parcial desta infração no valor total de R\$786.045,11, conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo elaborado pelo diligente à fl. 1774 dos autos.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2002	09/02/2002	80.034,59
31/08/2002	09/09/2002	280.738,35
31/10/2002	09/11/2002	195.445,20
30/11/2002	09/12/2002	10.706,79
28/02/2003	09/03/2003	88.654,65
30/04/2003	09/05/2003	31.030,63
31/08/2003	09/09/2003	31.361,48
30/09/2003	09/10/2003	67.970,87
30/11/2003	09/12/2003	75,21
31/12/2003	09/01/2004	27,34
<b>TOTAL</b>	-	<b>786.045,11</b>

Infração 05: Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Demonstrativo à fl. 282 do PAF.

Consta, na descrição dos fatos, que foi constatada a falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadoria tributada (catalizador paladium), que ingressou no território nacional através da DI 01/1174472-0 (NF1511 de 17/12/2001) em que se processou o retorno de material saído para reparo através da NF 129340 de 02/01/2001. Ocorre que na adição da DI citada tem-se 8,1576 kg de Paladium como importação normal que não teve o respectivo valor de ICMS recolhido.

O defendente alegou que em 02/01/2001, remeteu para conserto no exterior, através da Nota Fiscal de Saída de nº 129340, 40 kg de paládio contido em catalizador exausto (fl. 758). Em 03/12/2001, os 40,69 kg de paládio retornaram ao país por meio da reimportação efetuada através da DI nº 01/1174472-0 (fls. 759/764), em quantidade equivalente a 40,686 kg do produto. Através da mesma DI foram também importados 8,1576 kg de paládio sobre os quais está sendo cobrado o ICMS

correspondente através do presente lançamento. Alega que a fiscalização indica que a mercadoria objeto da autuação estaria acobertada pela Nota Fiscal de Entrada de nº 1511, mas essa Nota Fiscal acoberta apenas a entrada dos 40.686 kg de paládio que foram remetidos para conserto no exterior, portanto, a mencionada NF 1511 não materializa a entrada no estabelecimento do paládio que foi importado do exterior através da DI em análise. Também alegou que o critério utilizado pelos autuantes para fins de apuração da base de cálculo do ICMS nos retornos de conserto ao exterior não obedece ao disposto no art. 626 do RICMS, que determina que a base de cálculo deve corresponder à diferença entre o valor da mercadoria remetida e o constante na Declaração de Importação, acrescido dos tributos federais acaso incidentes, bem como as despesas aduaneiras, ou seja, a base de cálculo não está em conformidade com o previsto no § 1º do art. 626 do RICMS-BA.

Neste item da autuação fiscal também foram realizadas duas diligências pela ASTEC, tendo sido confirmado no PARECER ASTEC Nº 036/2009 (fls. 1380 a 1398), que o autuado remeteu para conserto no exterior 40,69 kg de paládio contido em catalizador exausto para fins de recuperação e posterior aproveitamento em novo catalizador, conforme nota fiscal 129340, de 12/01/2001 (fl. 758). Em 03/12/2001 o material retornou através da Declaração de Importação 01/1174472-0, adição 02, que constata “reimportação de mercadoria nacionalizada, enviada para recuperação e composição de um novo catalizador” (fl. 760). Retorno de 40,686 kg de paládio em formas semifaturadas contido no catalizador, constante da adição 01 da mesma DI, com a acrescimo de 8,1567 kg (fls. 758 a 765). O diligente disse que o autuado, em nenhum momento, apresentou documentos que comprovassem o recolhimento do imposto sobre o valor acrescido. Conclui informando que a base de cálculo apurada no presente lançamento não está de acordo com o disposto no art. 626, § 4º do RICMS/BA, não houve incidência de tributos federais, e as despesas de frete e seguro foram apropriadas proporcionalmente, conforme notas fiscais às fls. 765 e 1678.

Na última diligência (PARECER ASTEC Nº 209/2010 - fls. 1766 a 1773), foi informado que o impugnante anexou notas fiscais de números 1510 e 1548, como sendo notas fiscais complementares (fls. 1676/1677), da adição nº 01 da Declaração de Importação e notas fiscais 1511 e 1549, como sendo também complementares da adição 02. Diz que os documentos apresentados pelo contribuinte, embora comprovem que houve recolhimento do ICMS, não foram acompanhados de um memorial de cálculo que separasse o ICMS relativo à importação do novo catalizador, da parte do paládio que não continha na remessa inicial ao exterior.

Na última manifestação apresentada, o defendente confirmou que as NFs 1510 e 1548 (fls. 1676/1677) registram a entrada em seu estabelecimento de novo catalizador, o qual tem sua base de cálculo composta tanto pelos 40.686 kg. de paládio remetidos ao exterior para conserto, quanto pelos 8,1576 kg. dessa substância, cujo ingresso se deu pelo regime normal de importação.

De acordo com a Nota Fiscal 129340, de 12/01/2001 (fl. 758), o autuado remeteu para conserto no exterior 40,69 kg de paládio contido em 14.377 kg. de catalizador exausto, constando no campo destinado à natureza da operação que se refere a “remessa para recuperação”, constando a observação: “paládio sendo enviado para fins de e posterior aproveitamento em novo catalizador”. Valor total dos produtos: R\$1.958.147,40.

A Nota Fiscal de nº 001511 (fls. 318 e 765) indica a importação do produto “Palladium em formas semimanufaturadas” na quantidade de 40,686 kg, constando a observação de que se trata de retorno da NF 129340, emitida em 02/01/2001. Valor total dos produtos: R\$2.233.404,36.

Nos dados complementares da DI 01/1174472-0 (fl. 322 do PAF) consta a confirmação de que se trata de reimportação de mercadoria nacionalizada e enviada para recuperação e composição de um novo catalizador e, na descrição da mercadoria constante na Adição 01/1174472-0 / 001 (fl. 324 dos autos), consta a informação: CATALIZADOR DE PALÁDIO TIPO LD-265, 40,686 kg (REIMPORTADO – VIDE ADIÇÃO 002) + 8,1576 kg (IMPORTAÇÃO NORMAL). Portanto, está comprovado que além da reimportação, houve a importação normal de 8,1576 kg do produto.



De acordo com o art. 626 do RICMS/BA, fica suspensa a incidência do ICMS nas saídas, para o exterior, de mercadorias ou bens remetidos para industrialização, conserto, restauração, recondicionamento ou beneficiamento, sendo que, no recebimento do produto, por ocasião do desembaraço aduaneiro, será efetuado o recolhimento do imposto sobre o valor acrescido.

Em relação ao valor acrescido, o parágrafo primeiro deste mesmo artigo define que é a diferença entre o valor da mercadoria constante nos documentos de exportação e o demonstrado na Declaração de Importação, incluídos os tributos federais eventualmente incidentes no desembaraço aduaneiro, bem como as respectivas despesas aduaneiras.

Entendo que no caso em exame é devido pelo contribuinte o valor do ICMS incidente sobre o valor acrescido em relação ao bem reimportado após a recuperação, bem como o imposto incidente correspondente aos 8.1576 kg da importação normal.

No levantamento fiscal, foi indicado como base de cálculo a “NF Entrada”, constando o valor de 2.311.473,18, que foi deduzido da “NF Saída” (1.958.147,40), apurando-se uma diferença a tributar no valor de 353.325,78.

Observo que além da haver divergência entre o valor consignado na Nota Fiscal de Entrada: R\$2.233.404,36 e o valor considerado pelos autuantes em relação a esta Nota Fiscal (2.311.473,18), o cálculo do imposto a ser exigido deve levar em consideração a Declaração de Importação, devendo ser incluídos os tributos federais eventualmente incidentes no desembaraço aduaneiro, bem como as respectivas despesas aduaneiras. Portanto, não ficou comprovada nos autos a composição da base de cálculo do imposto exigido, quanto à reimportação, além de não ter sido indicada a base de cálculo e o imposto relativo à importação normal, tendo em vista que foi dito na descrição dos fatos e está comprovado nos autos que na adição da DI 01/1174472-0 tem-se 8,1576 kg de Paladium como importação normal, que não teve a comprovação do respectivo valor de ICMS recolhido.

Vale salientar, que na DI em questão, à fl. 324 do PAF, consta Imposto de Importação a recolher no valor de R\$164.102,02 e IPI no valor de R\$129.584,01, totalizando R\$293.686,03. O valor CIF na guia à fl. 320 é R\$2.243.256,58, e o total da importação constante na fl. 326 é R\$3.384.924,88. Assim, inexistente correlação entre estes valores e a base de cálculo apurada pelos autuantes.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”. No caso em exame, o demonstrativo da apuração da base de cálculo à fl. 282, não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido.

Saliento que a Súmula nº 1 do CONSEF trata da matéria em questão:

*SÚMULA Nº 1 “ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.*

Assim, concluo pela nulidade deste item do presente Auto de Infração, podendo ser renovado o procedimento fiscal, caso existam elementos suficientes para a cobrança do imposto.

Infração 06: Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. Demonstrativo à fl. 283 do PAF.

O autuado alega que não conseguiu localizar em seus arquivos os documentos comprobatórios da efetiva exportação das mercadorias constantes da Nota Fiscal de nº 136.279, mas continuará envidando esforços para identificar tais documentos e os apresentará, em complemento à sua impugnação, a fim de atestar a lisura dos procedimentos adotados pelo impugnante.

Considerando a falta de apresentação pelo defendente, do comprovante da efetiva saída da mercadoria, concluo pela procedência desta infração, salientando que não é razoável que o órgão julgador fique aguardando o contribuinte comprovar o que alegou a qualquer tempo, inclusive, porque se deve cumprir os prazos processuais.

Infração 07: Deixou de recolher o ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada. Emissão de nota de débito na efetivação de cobrança de valores de complementação de serviço de transporte em vendas CIF, tendo sido debitados os valores aos clientes e não oferecidos à tributação do ICMS. Demonstrativo às fls. 284 a 287 do PAF.

O defendente alega que realizou operações de vendas sob a cláusula CIF, tendo cumprido rigorosamente o contrato de venda, entregando a mercadoria no porto de destino, encerrando ali a execução do contrato de compra e venda. Concluído o transporte, teve que aguardar a descarga da mercadoria, além do tempo previsto, de forma que a denominada sobreestadia, significa o tempo utilizado além da estadia prevista para a descarga, e qualquer evento posterior que venha criar nova obrigação ao vendedor que será objeto de nova relação jurídica composta por fatos e efeitos completamente diversos da operação de venda anteriormente realizada. Salienta que o levantamento fiscal abarca as sobreestadias referentes às viagens de números 015, 016, 017, 019, 020, 021, 022, 023 e 024/03 do navio Metal Tanque IV, cuja descarga ocorreu em Ilha Redonda/RJ, está acompanhada dos respectivos relatórios de viagem, no qual é calculado o custo da sobreestadia correspondente (fls. 766/788). Entende que os valores constantes nestes documentos não podem ser considerados como complementação de serviço de transporte em vendas CIF, porque tais documentos não se referem a remuneração por serviço de transporte, mas cobrança de quantias em virtude de “sobreestadias de viagens”, isto é, “reembolso por atrasos no momento da entrega da mercadoria no seu destino”, quando o transporte está concluído e o cliente por qualquer razão impede a descarga regular da mercadoria. Diz que os valores cobrados a título de sobreestadia referem-se a uma indenização após o cumprimento de sua obrigação contratual, por ter sua programação prejudicada em virtude de atraso no recebimento da mercadoria por seu cliente.

Os autuantes esclarecem que os valores repassados aos clientes através das notas de débito lançadas, são despesas de venda, fora do alcance da tributação, ou se o que tem é uma parcela do custo de venda, e por isso, é alcançada pela tributação do ICMS. Dizem que o contribuinte confirma nas razões de defesa que os valores autuados se referem a quantias cobradas do adquirente de mercadoria sob condição CIF, em função de alongamento do prazo da entrega, e esse alongamento é chamado de “sobreestadia”.

Incluem-se na base de cálculo do ICMS, nas operações internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, inclusive, seguros, fretes e quaisquer outros acréscimos pagos ou debitados ao destinatário da mercadoria. No caso do frete, mesmo efetuado pelo vendedor, deve-se incluir, também, o valor cobrado em separado (art. 54, I, “a” e “b” do RICMS/BA).

Neste sentido, a Lei 7.014/96 também estabelece a mesma regra, ao tratar da base de cálculo do ICMS, conforme abaixo reproduzido:

**Art. 17. A base de cálculo do imposto é:**

**I - na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade, previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 4º, o valor da operação;**

**§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:**

**II - o valor correspondente a:**

**a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem**

*como descontos concedidos sob condição;*

*b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.*

O defendente não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal e reconheceu que os valores constantes neste item da autuação se referem à complementação de serviço de transporte em vendas CIF; que são cobranças de quantias em virtude de “sobrestadias de viagens”, isto é, cobranças efetuadas ao destinatário por atrasos no momento da entrega da mercadoria.

A exigência do imposto não se refere a serviço de transporte, como indicado na acusação fiscal e, neste caso, o fato apurado não corresponde ao que foi descrito na infração. Não obstante esta falha, o autuado entendeu e apresentou impugnação tratando dos fatos que ensejaram a exigência do imposto. Assim, conclui pela procedência deste item do Auto de Infração, tendo em vista que o imposto exigido está conforme os dispositivos da legislação, já mencionados, quanto à inclusão dos acréscimos pagos ou debitados ao destinatário da mercadoria na base de cálculo do ICMS.

Infração 08: Falta de apresentação de Conhecimento de Transporte de Rodoviário de Cargas relativo ao transporte de eteno para AL, via dutovia, apesar de regularmente intimado, sendo exigida a multa no valor de R\$600,00.

Infração 09: Deixou de recolher ICMS em razão de prestação de serviço de transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada. Transporte de eteno de Camaçari para Alagoas via dutovia, por meio de terceiro, sem recolher a substituição tributária sobre o serviço. Demonstrativo às fls. 288/289 do PAF.

Nas razões de defesa, o contribuinte informou que impugnou simultaneamente estas infrações considerando a relação entre elas. Assim, as infrações 08 e 09 serão analisadas conjuntamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa, tendo em vista o autuado apresentou impugnação combatendo simultaneamente estes dois itens.

Quanto à infração 09, o defendente apresentou o entendimento de que a descrição da peça acusatória e os dispositivos apontados como infringidos resultam imprecisão da acusação fiscal, impedindo o exercício do direito de defesa e, por isso, impõe-se a sua nulidade. Esta alegação já foi apreciada neste voto, como preliminar, tendo sido rejeitado o pedido de nulidade da autuação.

O defendente alegou que em relação aos valores utilizados pela fiscalização na apuração do imposto exigido, esses valores foram lançados na sua contabilidade, tendo sido utilizados pelos autuantes para encontrar o montante do frete pago. Referem-se ao rateio de custos de manutenção das dutovias, e não a pagamento de serviço de transporte. O defendente informa que, à época da autuação, não logrou êxito em localizar os documentos que deram respaldo a essa contabilização, e caso os autuantes tivessem tido acesso às notas de débito, certamente teriam concluído que não se trata de serviço de transporte. Mesmo admitindo a hipótese de que os valores contabilizados sejam relativos ao pagamento de serviços de transporte, entende que não pode deixar de apontar a impropriedade com a fiscalização, que apurou o preço por kg de Eteno transportado, haja vista que o valor que serviu de base para o cálculo do valor do frete por kg foi extraído da Planilha do Anexo C, e tal planilha representa o espelho de determinada conta contábil do impugnante, denominada “Aluguel de Dutovias”, em que se constata o registro das notas de débito de números 12/2004 e 15/2004, que somadas atingem o valor de R\$801.530,00, o que foi utilizado pelos autuantes no demonstrativo anexo X-B. Se a fiscalização pretende calcular o valor do frete por kg de eteno para o ano de 2001, não pode estabelecer tal relação, dividindo a quantidade do produto apontada nas notas fiscais emitidas em maio de 2001 pelo valor pago pelo frete ao maio de 2004. Portanto, alega que há impropriedade no cálculo realizado pelos autuantes para se chegar ao valor do frete por kg de eteno. Entende que não há imprecisão na descrição dos fatos e impropriedade do cálculo do imposto, assegurando que não existe prestação de serviço de transporte por parte do Consórcio Etenoduto.

Os autuantes informaram que o autuado assumiu o comportamento de não fornecer a documentação solicitada pelos autuantes, cujas intimações não atendidas encontram-se às fls. 448, 449, 455 e 456. Asseguram que os valores utilizados na apuração da base de cálculo foram retirados da própria contabilidade do autuado, como o defendente ressaltou, e esses valores estão aquém dos reais, em função do não fornecimento pelo autuado, de valores de outras despesas que deveriam compor a base de cálculo, como as despesas com a energia elétrica para mover as turbinas que impulsionam o eteno pelo dutovia. Dizem, ainda, que o método recomendado pela Lei 7.014/96 para arbitramento de serviço de transporte não pode ser aplicado em função da ausência de qualquer valor de referência em operação semelhante, e também, pauta fiscal de alcance interestadual.

Considerando a informação dos autuantes de que foram utilizados na apuração da base de cálculo, valores retirados na contabilidade do autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à ASTEC para que fosse apurada a existência de comprovantes de despesas que compõem o custo do serviço de transporte objeto da autuação fiscal e se esses valores são inferiores aos valores constantes no levantamento fiscal.

Em atendimento ao solicitado, foi informado no PARECER ASTEC Nº 036/2009, fls. 1380/1398 do PAF, que os autuantes utilizaram os valores lançados na contabilidade do autuado, na conta denominada ALUGUEL DE TUBOVIAS (fl. 1682), por não ter encontrado o preço do serviço. Portanto, a base de cálculo foi formada a partir de tais valores, conforme demonstrativo à fl. 291. Os valores se referem a despesas do consórcio legalmente constituído, relativamente à manutenção de dutovias, de forma proporcional à participação de cada consorciado, conforme expresso em contrato específico.

Os autuantes discordam do posicionamento adotado pelo diligente da ASTEC, dizendo que acostaram aos autos ordem bancária em favor do Consórcio Etnoduto, mas o autuado não apresentou a composição das despesas. Reconhece que a forma de apuração do débito é que pode ser discutida.

Nas razões de defesa, o autuado também alegou que o Consórcio Etenoduto não possui personalidade jurídica e não lhe presta serviço algum de transporte. Os lançamentos contábeis apontados pela fiscalização não se referem a pagamento de preço por serviço de transporte, e sim rateio de despesas de manutenção das dutovias; que a operação do etenoduto pelas consorciadas não gerava nenhuma receita para o consórcio, o que só ocorria, excepcionalmente, quando o mencionado gasoduto era utilizado por terceiros ou quando as consorciadas ultrapassavam a quota semestral de utilização da citada via, e neste caso, era cobrada uma tarifa, conforme previsto nas Cláusulas VII e VIII do contrato.

Esclareceu, ainda, que os valores constantes na conta contábil, denominada de “Aluguel de Dutovias”; correspondem à sua parcela nas despesas incorridas pelo consórcio, na contratação de empresas prestadoras de serviço para o fim de realização de obras de manutenção do etenoduto. Que a Nota de Débito de nº 12/2004, emitida em 17/05/2004, no valor de R\$694.140,00, constante do Anexo C do Auto de Infração, “diz respeito ao quinhão da impugnante nas despesas decorrentes do serviço realizado pela empresa DDK Engenharia”, conforme fls. 869/885 dos autos. A Nota de Débito de nº 15/2004, emitida em 17/05/2004, no valor de R\$107.390,00, refere-se à parcela do impugnante com a manutenção do etenoduto, conforme Contrato de prestação de serviço celebrado entre o Consórcio e a Construtora Pereira Lima Ltda (fls. 886/911 do PAF).

Observo que o Consórcio se forma quando um grupo de pessoas físicas ou jurídicas se reúnem, para aquisição de bens através de suas contribuições mensais dentro de um período pré-estabelecido, ou seja, há uma união de pessoas físicas ou jurídicas, em grupo fechado, cuja finalidade é formar poupança destinada, por meio de autofinanciamento, à compra de bens. No caso em exame, pelos esclarecimentos prestados nas razões de defesa e as informações trazidas aos autos por meio do PARECER ASTEC Nº 036/2009, percebe-se que a utilização da dutovia pelo autuado, na condição de consorciado, não houve prestação de serviço de transporte, os valores

pagos são relativos aos custos. A natureza do pagamento não é em relação ao serviço de transporte e a utilização da dutovia foi efetuada pelo autuado na condição de um dos consorciados.

Foi efetuado arbitramento da base de cálculo do imposto exigido, considerando a ausência da documentação necessária para efetuar o levantamento fiscal, apesar de o autuado ter afirmado que não houve recusa em apresentar a documentação solicitada, haja vista que não apresentou os documentos pelo simples fato de tais documentos não existirem.

A legislação prevê que a fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, no caso de falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos.

O arbitramento poderá basear-se em documentos de informações econômico-fiscais do mesmo exercício ou de exercício anterior, bem como em outros dados apurados dos quais disponha a fiscalização estadual, inclusive o valor das despesas gerais do estabelecimento, durante o período, admitindo-se que esse valor seja atualizado monetariamente até o último mês do período.

No caso em exame, está comprovada, por meio dos demonstrativos de fls. 288/291, a alegação defensiva de que foi encontrada a base de cálculo dividindo a quantidade do produto apontada nas notas fiscais emitidas em maio de 2001 (planilha à fl. 290) pelo valor pago pelo frete ao maio de 2004 (planilha à fl. 291). Assim, o método aplicado no arbitramento da base de cálculo do imposto exigido neste lançamento não encontra amparo na legislação que rege a matéria.

Considerando a falta de comprovação nos autos quanto à existência de serviço de transporte que ensejasse a incidência do ICMS, além da questão relacionada ao método aplicado na apuração do imposto exigido por meio de arbitramento da base de cálculo, concluo que é insubsistente a exigência do imposto constante da infração 09.

Quanto à multa da infração 08, ficou patente que o autuado não atendeu às intimações para apresentação de documentos contábeis que justificassem os lançamentos constatados pelos autuantes. Se os lançamentos fossem devidamente comprovados, inclusive com a exibição dos contratos que foram acostados aos autos, o encaminhamento da infração 09 poderia ter sido outro. Entretanto, consta na descrição da infração que o autuado “deixou de apresentar conhecimento de transporte de cargas no transporte de eteno para AL via dutovia”. Como não ficou comprovada nos autos a existência do mencionado serviço de transporte, entendo que não também ficou comprovada a falta de atendimento à intimação, sendo improcedente a multa aplicada.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
1	PROCEDENTE EM PARTE	627.018,48
2	PROCEDENTE	2.107.943,63
3	PROCEDENTE EM PARTE	38.541,47
4	PROCEDENTE EM PARTE	786.045,11
5	NULA	-
6	PROCEDENTE	3.504,55
7	PROCEDENTE	512.533,75
8	IMPROCEDENTE	-
9	IMPROCEDENTE	-
<b>TOTAL</b>	-	<b>4.075.586,99</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0002/06-5, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.075.586,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 18 de maio de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA