

**A. I. Nº** - 271330.0001/09-3  
**AUTUADO** - BRASKEM S.A.  
**AUTUANTE** - JORGE VICTOR GRAVE e MARCO AURÉLIO PAUL CRUZ  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** 11.07.2012

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0200-05/12**

**EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À DAS ENTRADAS. GLP.** Restou comprovado que não foi efetuado o estorno de crédito relativo às aquisições de insumos utilizados na produção de GLP cuja saída subsequente ocorreu com benefício da redução da base de cálculo. Infração caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DOCUMENTO LANÇADO EM DUPLICIDADE.** Infração reconhecida. **b) AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO.** Materiais relacionados não se caracterizam como matérias-primas, integrados ao produto final ou produtos intermediários. 2% do nitrogênio e 48% do ácido sulfúrico consumido pelo estabelecimento. Apesar da alegação defensiva de que tais materiais são utilizados no processo produtivo, resta comprovado que os produtos foram utilizados para uso e consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. **3. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS INTERESTADUAIS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Infração a subsistente. **4. 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. **5. OPERAÇÃO TRIBUTADA, ESCRITURADA COMO NÃO TRIBUTADA. NOTAS FISCAIS CANCELADAS.** O autuado alega que Notas Fiscais 308.146 e 339.155 não acobertaram operação de armazenagem. Não apresentou as primeiras vias dos documentos cancelados, mesmo após diligência fiscal, nesse sentido, e agiu em desacordo com o art. 654, RICMS BA. Infração subsistente. Rejeitas preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2009, exige ICMS, além da aplicação de multa, totalizando o valor histórico de R\$6.672.206,36, em razão da apuração das irregularidades descritas a seguir, nos exercícios 2006/2007.

1. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à

- parte proporcional da redução. Conta no campo descrição dos fatos que o contribuinte não efetuou os estorno proporcionais de créditos fiscais de ICMS por ter dado saída a mercadoria tributada (GLP) com redução de base de cálculo. Valor R\$1.188.988,08, com multa de 60%.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente ao lançamento de documentos fiscais em duplicidade; consta que o contribuinte apropriou-se em duplicidade de crédito fiscal de ICMS ao registrar notas fiscais de aquisição de mercadorias em datas distintas no livro de Registro de Entradas. Valor R\$47.960,34 e multa aplicada de 60%.
  3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conta que o contribuinte apropriou-se de crédito fiscal das mercadorias utilizadas para uso e consumo. Valor R\$1.839.468,12 e multa de 60%.
  4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Consta ainda que o contribuinte não recolheu as diferenças de alíquotas, na forma legal, ficando passível do lançamento de ofício efetuado (mercadorias da infração anterior). Valor R\$1.342.639,34 e multa aplicada de 60%.
  5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte não efetuou estornos espontâneos de crédito fiscal de ICMS de mercadorias adquiridas para industrialização, posteriormente parte da mercadoria destinada para uso/consumo. Valor R\$358.288,41 e multa de 60%.
  6. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Contribuinte apurou a menor a base de cálculo das remessas para armazenagem em outra unidade da federação, sendo os valores recalculados utilizando-se como referência a saída mais recente no local da situação do estabelecimento remetente. Valor R\$1.724.023,76 e multa aplicada de 60%.
  7. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Contribuinte remeteu mercadoria para armazenagem em outra unidade da federação sem destaque de ICMS. Valor R\$170.838,31 e multa de 60%.

O contribuinte ingressou com impugnação, fls. 189/257, reconhecendo a procedência parcial do Auto de Infração, no que tange à infração 2, aduzindo que recolherá o valor exigido; argumenta que as demais infrações não merecem prosperar, pois os procedimentos adotados pelo autuado encontram-se totalmente respaldados pela legislação.

Quanto à primeira infração, argui que a peça fiscal pretende exigir estorno proporcional do crédito fiscal decorrente da entrada de insumos adquiridos pela impugnante, no período de 2006 e 2007, em razão de as operações de saída de GLP ocorrerem com redução de base de cálculo do imposto, segundo disposto no art. 100, II, RICMS BA, que transcreve.

Diz que a infração não tem possibilidade de prosperar, seja porque o dispositivo legal citado é inaplicável ao fato concreto, seja porque o GLP trata-se na verdade de um subproduto, gerado involuntariamente no processo produtivo da impugnante, cuja receita de venda possui ínfima relevância quando comparada ao valor total das vendas realizadas.

Aduz que é inaplicável o dispositivo regulamentar apontado, que sua conduta não pode ser considerada infração ao ICMS, posto que a realidade fática não se subsume à norma, dito infringida. O dispositivo diz o seguinte: *“impõe o estorno de crédito quando as próprias mercadorias adquiridas forem objeto de operação subsequente com redução de base de cálculo, ou seja, quando houver revenda destas mercadorias com a dita redução”*. Sucede que, no caso em tela, o impugnante não adquire o GLP e depois promove sua saída com redução de base de cálculo, mas, adquire bens e mercadorias que, depois de submetidos ao processo de industrialização, o geram de forma compulsória. Esclarece que os insumos utilizados na planta industrial, são a base da produção do Eteno, de Propeno e dos compostos aromáticos, além do GLP, como consequência natural e compulsória do processo produtivo.

Afirma que a situação acima citada já seria suficiente para anular a infração por ausência da identidade entre o que prevê a norma apontada como violada e a realidade dos fatos. Registrou que o art. 100, III, do RICMS/BA, prevê o estorno de crédito decorrente das aquisições de mercadorias objeto de integração, consumo ou emprego em processo de industrialização, mas somente quando a operação subsequente com o produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto,

Reclama da interpretação feita pelo autuado: *“apenas na operação de saída de produto resultante do processo de industrialização, produção, geração ou extração, não tributada ou alcançada pelo benefício de isenção do imposto, é que o contribuinte deverá estornar o crédito relativo às aquisições de mercadorias empregadas no seu processo produtivo e/ou relativos às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado, à razão de um quarenta e oito avos por mês”*.

Diz que na operação subsequente com produto resultante do processo de industrialização, cuja saída ocorra com redução de base de cálculo, o RICMS/97 não agiu de forma idêntica, mas tão-somente na hipótese em que a própria mercadoria seja posteriormente revendida com redução de base de cálculo.

Aduz que *“não existe na legislação qualquer dispositivo que exija o estorno dos créditos apropriados quando da aquisição de bens ou mercadorias que, depois de submetidos a processo industrial, gerem produtos, cuja venda subsequente seja feita com redução da base de cálculo”* e, nesta situação, o contribuinte só deve proceder ao estorno de crédito em relação às entradas de insumos, consumidos ou empregados no processo industrial da mercadoria quando a operação subsequente com o produto resultante *“não for tributada ou estiver isenta do imposto”*. No caso de entendimento contrário, este entraria em confronto com os ditames constitucionais, inclusive, com as Leis Complementares nº 87/96 e Estadual nº 7.014/96.

Descreve o art. 155, § 2º, I, da CF/88, que dispõe sobre a não-cumulatividade do ICMS e que a não compensação só será possível em hipóteses de isenção ou não-incidência, acarretando a anulação do crédito relativo às operações anteriores. Deduz que a legislação inferior que agir de tal maneira estará indo de encontro à Constituição.

Diz também que tal vício afronta não apenas a Carta Magna como também as Leis Complementar e Estadual nºs 87/96 e 7.014/96, por entender que tais leis *“não prevêm a hipótese de estorno de créditos quando as saídas dos produtos originados de sua industrialização ocorrerem com redução de base de cálculo”*, o autuado explanou e especificou em sua defesa esta tese com o art. 21, incisos I, II, III e IV da LC nº 87/96 e o art. 30, incisos I, II, III e IV da Lei Estadual nº 7.014/96, o que tomou como evidência: *“O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento: .... quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto...”*.

Transcreve, nesse sentido, doutrinas de Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho, e Gilberto de Ulhôa Canto. Cita ainda José Eduardo Soares de Melo, quando analisou as inconstitucionais exigências presentes na legislação baiana, entendeu que *isenção ou não-incidência, não se confundem com a redução de base de cálculo*.

Transcreve ainda decisão no Recurso Extraordinário nº 161.031-0/MG, do Plenário do STF, de 24/03/1997: *“Conflita com o princípio da não-cumulatividade norma vedadora de compensação do valor recolhido na operação anterior. O fato de ter-se uma diminuição valorativa da base de incidência não autoriza, sob o ângulo constitucional, tal proibição. Os preceitos das alíneas “a” e “b” do inciso II do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal somente têm pertinência em caso de isenção ou não-incidência...”* e o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator) que a acolheu.

Cita também o Agravo Regimental citado no Recurso Extraordinário nº 420.908, publicada em 15.03.2007: *“...o contribuinte pode se aproveitar integralmente dos créditos, tendo em vista que o disposto na Lei Maior não pode ter seu alcance diminuído por qualquer norma infraconstitucional. Destarte, é direito da recorrente se beneficiar integralmente de todo e*

*qualquer crédito de ICMS desde a promulgação da Constituição Federal, de 1988, mesmo que tenha optado pela redução da base de cálculo ou crédito presumido, razão pela qual deve ser provido o presente recurso. ....Conflita com o princípio da não-cumulatividade norma vedadora da compensação do valor recolhido na operação anterior. O fato de ter-se a diminuição valorativa da base de incidência não autoriza, sob o ângulo constitucional, tal proibição. Os preceitos das alíneas "a" e "b" do inciso II do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal somente têm pertinência em caso de isenção ou não-incidência..."*

Ressalta que os estados da Federação aderiram ao Convênio ICMS CONFAZ nº 112/89, prorrogado pelo Convênio ICMS 124/93 e acordaram com a redução da base de cálculo do ICMS, nas saídas internas de GLP, de tal forma que a incidência do imposto se dê à alíquota de 12%, não tendo previsto estorno de crédito algum no que se refere à base de cálculo reduzida.

Ademais, em total consonância com o princípio da não-cumulatividade, os Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, autorizaram plenamente a manutenção do crédito fiscal decorrente das aquisições correspondentes de GLP.

Quanto à questão da natureza do subproduto do GLP gerado involuntariamente na planta industrial do contribuinte, diz que o art. 100, II, do RICMS/BA não pode ser aplicado, ao caso em tela, por entender que os bens e as mercadorias adquiridas são utilizados na produção de outros produtos como: eteno, propeno e compostos aromáticos, cujas saídas não são feitas com redução de base de cálculo, sendo o GLP um subproduto, gerado como consequência natural e compulsória no seu processo produtivo. Discorre sobre o procedimento fiscal:

- a) *"apuraram o valor total dos créditos apropriados pela Sociedade nos meses autuados (Coluna A do Anexo A-1, com base nos Anexos A-2 e A-3);*
- b) *calcularam a proporção entre o valor da receita das vendas totais realizadas pela Impugnante e o valor das receitas de vendas apenas do GLP, tendo assim encontrado um percentual representativo desta relação para cada mês (Coluna B do Anexo A-1, na forma do Anexo A-4);*
- c) *aplicaram o percentual encontrado mensalmente sobre o valor mensal de ICMS creditado (Coluna C);*
- d) *em seguida, aplicaram o fator de 0,294117, para achar o valor do crédito de ICMS que supostamente deveria ser estornado mensalmente, conforme se observa na coluna D do Anexo A-1."*

Explica que os auditores elaboraram o demonstrativo ESTORNO PROPORCIONAL DE CRÉDITOS DAS SAÍDAS DE GLP COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO tomando por base para este estorno o total das mercadorias adquiridas pelo autuado, que davam direito ao crédito do imposto. No entanto, alegou o impugnante que o fisco partiu da premissa equivocada de que deveria estornar o crédito das aquisições na proporção das saídas de gás liquefeito de petróleo (GLP) com redução de base de cálculo do imposto, por desconhecem o fato de que nenhuma dessas aquisições destina-se à produção do gás, que se trata, na verdade, de subproduto gerado involuntariamente no seu processo produtivo.

Diz que é necessário evidenciar o funcionamento de sua planta industrial para que fique caracterizado o GLP como subproduto; a cadeia produtiva pode ser sintetizada em duas etapas:

Na 1ª etapa, ocorre o processo de decomposição ou craqueamento da "Nafta", matéria-prima básica para a produção de eteno e propeno; na 2ª etapa, a transformação desses produtos na resina que serve de insumo para as indústrias de plásticos fabricarem uma infinidade de produtos. Diz que descreverá apenas a primeira etapa pela relevância e onde ocorre a produção compulsória do subproduto GLP.

Explica que a etapa de craqueamento da Nafta é subdividida em duas rotas. Uma chamada de Unidades de Produção do Eteno, onde a nafta sofre reações químicas para originar outros produtos, tais como: eteno, propeno, butadieno, benzeno e o tolueno. Na purificação (acabamento final) do propeno, na junção do propano e do propeno surge o GLP (C3).

Na segunda seção de produção, a Nafta *"passa pelo processo de reações químicas catalíticas (com uso de catalisadores) para ser transformado em compostos aromáticos, tais como o*

*benzeno, o xileno, o tolueno e os solventes*”. Nesse processo há mistura de butanos e de butenos, sendo gerado o GLP (4).

Resume que os insumos e os equipamentos do ativo imobilizado, onde ocorre a produção dos compostos químicos e petroquímicos, acima descritos, não são adquiridos para produzir GLP, gerado de forma subsidiária, compulsória e como consequência dos produtos principais. Diz que no descritivo (DOC 03) detalha o processo produtivo, percebendo-se que o GLP é gerado de forma involuntária, cujo intuito primordial é a fabricação de eteno, propeno e compostos aromáticos utilizados como insumos na polimerização realizada pelas indústrias de segunda geração do complexo petroquímico. Diz que para maximizar a utilização econômica de sua planta industrial usa esse gás como combustível e comercializa parte dele, desde a quebra do monopólio da Petrobrás.

Aduz que o valor das operações de venda de GLP é insignificante em relação ao seu faturamento global, o que confirma seu caráter de subproduto (no sentido financeiro e econômico).

Justifica a sua tese de insignificância para subproduto na doutrina contábil do livro “Normas e Práticas Contábil do Brasil”, organizado pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras - FIPECAFI e pela equipe Arthur Andersen (fls. 156 e 157 do Livro normas e práticas contábeis no Brasil), que considera irrelevante as vendas abaixo de 2% de subprodutos em relação ao faturamento global da empresa. Nesse mesmo sentido, Backer e Jacobsen, na sua obra “Contabilidade de Custos”.

Elabora demonstrativo com percentual da venda do GLP, nos exercícios 2006 e 2007.

Reitera que os subprodutos são, em realidade, “sobras”, não possuindo, em regra, outros custos, além daqueles imprescindíveis à fabricação dos produtos finais. Aos subprodutos se transfere tão-somente custos de estocagem, acondicionamento e demais despesas para viabilizar as vendas. Nessa linha de raciocínio, transcreve a doutrina de Elizeu Martins, de Silvério das Neves para concluir que nenhuma aquisição de insumo foi feita diretamente para a produção de GLP.

A partir de tais fatos, diz, não há falar em estorno de crédito decorrente das entradas de mercadorias, proporcionalmente à redução da base de cálculo do imposto a que suas saídas estão submetidas, considerando que as mercadorias que geraram crédito do imposto foram adquiridas para emprego na produção dos principais produtos químicos e petroquímicos, cujas saídas não ocorreram com a redução de base de cálculo.

Insiste que não há falar em estorno de crédito fiscal, uma vez que o autuado não imobiliza o seu ativo, nem adquire insumos voltados especificamente para a produção de GLP, tanto é verdade que nem existem custos de produção no sistema do autuado. Diz que os princípios da legalidade tributária e da busca da verdade material, constantes do art. 2º, RPAF BA, impedem que se proceda ao estorno dos créditos legitimamente apropriados pelo impugnante com o lançamento de supostos débitos apurados com base em meras suposições. Cita novamente a doutrina de Aurélio Pitanga Seixas Filho, decisões das Câmaras do CONSEF e pede o julgamento improcedente da primeira infração.

Quanto às infrações 3 e 4, apresenta impugnação de forma simultânea, posto que a fiscalização pretende impor estorno de créditos fiscais decorrentes das aquisições de materiais indispensáveis na execução do seu processo produtivo; na sequência, exige diferencial de alíquotas, sob a alegação de que se trata de material para uso e consumo do estabelecimento.

Os materiais adquiridos foram: monoetilenoglicol – MEG, tracerco isoootano 30.000, tolueno 30.000, xileno 30.000, sulfato de alumínio, cloro líquido, hipoclorito de sódio, dentre outros.

Com relação à infração 3, diz o autuado, o fisco entendeu que as aquisições dos produtos não ensejariam direito ao crédito fiscal, infringindo aos artigos 93, V, “b” e 124, RICMS BA. Alega, em contrapartida, a indispensabilidade de tais materiais no funcionamento regular da unidade fabril, caracterizando-se como matéria-prima ou material intermediário.

Explica a natureza e função de cada produto:

- MONOETILENOGLICOL MEG. Utilizado como fluído de selagem a fim de evitar vazamentos do produto em elaboração e danos à higiene ocupacional e danos ambientais. Caso haja falha no processo de um ponto a outro da cadeia produtiva, o sistema de selagem impede o vazamento da corrente do processo para o meio externo.
- TRACERCO ISOOCETANO 30.000, TOLUENO 30.000 e XILENO 30.000. É insumo adicionado aos solventes comercializados com o objetivo identificar o produto final. Diz que é uma espécie de “DNA” do solvente comercializado. Por força de normas regulamentares expedidas da ANP o autuado é obrigado a adicionar aos solventes que comercializa determinados marcadores que funciona como uma impressão digital do produto, com o objetivo de combater fraudes.
- INSUMOS UTILIZADOS NA UNIDADE DE TRATAMENTO DE ÁGUA – são insumos utilizados na água captada no rio Joanes pela Unidade de Tratamento de Água e em 15 poços artesianos. Esta água passa por um sistema de clarificação e filtração para correção do PH com soda cáustica; nesse sistema recebe sulfato de alumínio, cloro e o polieletrólito (nalclear 8170 pulv), que auxilia na floculação. Tais insumos operam na produção de água clarificada. Numa segunda etapa (sistema de desmineralização) é utilizado o ácido sulfúrico para retirada de sais minerais. Para melhoria da desmineralização utiliza-se solução de sal fino, proporcionando uma natural conservação e prolongamento da vida útil das resinas. Diz ainda que a água desmineralizada é comercializada como produto final, além de servir como matéria-prima para a produção de água potável.
- CORANTE LARANJA AUTOMATE-2XS. Aditivo que dá cor ao combustível fabricado, integrando - se, pois, ao produto final, a gasolina que, originalmente é incolor.
- INSUMOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO. Transcreve o autuado o laudo técnico descrevendo o processo de resfriamento e os insumos utilizados: Hipoclorito de Sódio, Algicida Cloreto Alq Amônia 6, Dispersante Sistema Resfr, Trasar 73202, Nalsperse 7308, Nalco 1336, Nalco 7330, Nalco 8338, Nalco N-7342 e inibidor Corrosão água resfr B. Explica que, sem tais insumos, ocorreria uma rápida corrosão dos equipamentos utilizados e a ação de resíduos e de micro-organismos indesejáveis no processo industrial.
- CLORETO PA 99%. Reagente químico utilizado em laboratório que serve ao controle de qualidade dos produtos fabricados, sendo sua aquisição indispensável para consecução do seu processo produtivo. No controle de qualidade são realizadas reações com substâncias tóxicas letais aos seres humanos e ao meio ambiente. Transcreve nesse sentido a Decisão Normativa CAT nº 01, respaldando o seu procedimento e direito ao crédito do imposto.
- REAGENTE ANALÍTICO DA-2326. Reagente analítico DA-2326 é utilizado na retificação e purificação da gasolina de pirólise nas torres fracionadoras DA-1101 e DA-4101. Produto que especifica a gasolina oriunda do craqueamento da nafta e fundamental na polimerização.
- INSUMOS UTILIZADOS NO PROCESSO PRODUTIVO NO SISTEMA DE GERAÇÃO DE VAPOR. Esse sistema remove gás carbônico da água de alimentação das caldeiras, mas comumente sofre os efeitos corrosivos dos produtos químicos. Os insumos utilizados servem para minimizar esses efeitos: 1) NALCO 22130 (TRASAR), usado como inibidor de corrosão, atuando no processo para remover gás carbônico da água de alimentação de caldeira. 2) NALCO Y-300548, fosfato monossódico, usado para tamponar PH (solução química para manter o PH), no tratamento de água de geração de vapor nas caldeiras e nos sistemas de geração de vapor dos fornos.
- AR MEDICINAL CIL 9,6 MM3. Garante o autuado que se trata de produto intermediário, utilizado para garantir o acesso de pessoas em ambientes confinados, evitando, a presença de gases ou outras substâncias tóxicas.
- AR DE SERVIÇO, diz que, também se trata de produto intermediário, utilizado na unidade de insumos básicos, na remoção de coque nos fornos de pirólise das unidades de eteno, que

depositados no fundo do catalisador, impede, gradativamente, a produção. Serve ainda na limpeza de equipamentos industriais.

- GÁS DIÓXIDO DE CARBONO CO<sub>2</sub>. Neutraliza a soda gasta oxidada oriunda da unidade de Termoxidação de Soda Gasta (A-4060 de Olefinas-2) e gás que tem a função de adequar o PH da corrente que integra o processo mencionado. Produto intermediário indispensável na neutralização de compostos na fabricação de produtos.
- DIMETIL FORMAMIDA 99,9%. Material utilizado nas unidades de extração de Butadieno 1,3 (A350/2350), compostas de butanos, butenos, acetilenos e butadienos. A utilização da dimetilformamida altera a volatilidade dos contaminantes em relação ao buradieno e proporciona a separação, essencial à continuidade do processo produtivo.
- INSUMOS UTILIZADOS COMO AGENTES ANTI-CORROSIVOS, BEM COMO NA LIMPEZA QUÍMICA DO PROCESSO. Os vários produtos químicos utilizados ocasionam o desgaste e corrosão do maquinário utilizado no processo de produção. A fim de minimizar tais efeitos são utilizados vários insumos no controle e inibição da corrosão: Kurizet L112 Sol Nitr Sódio 33; Inibidor Corrosão Água Proc Alcoóis, Inibidor Corrosão Água Proc Aminas, Inibidor Corrosão Água Proc Aminas Vol e Inibidor de Corrosão Agua/Sal Ami. Adicionalmente, são utilizados outros produtos na limpeza química do processo que são: “Desgaseificador EC-9104, Detergente Industrial Safety e Desengraxante Hidrocarboneto L.

Chama a atenção para a natureza de produtos intermediários dos produtos acima citados e que a falta de qualquer um deles inviabilizaria a produção ou a tornaria imprestável para o seu fim.

Lembra a não existência de óbice à utilização de tais créditos, a teor dos artigos 93 e 97, RICMS BA, Parecer Normativo nº 01/81 da Procuradoria Fiscal do Estado. Observa que o conceito de produtos intermediários abrange todas as aquisições de bens e mercadorias efetivamente empregadas no processo industrial.

Concluindo suas razões, defende o autuado que, afastado o enquadramento dos produtos cujo crédito glosado se refira à material de consumo, não há falar em estornos de créditos decorrentes da aquisição dos produtos intermediários aplicados no processo produtivo.

Quanto ao diferencial de alíquota, na infração 4, questiona o autuado que é consequência direta e imediata do direito à compensação dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição de produtos intermediários, reputados equivocadamente pela fiscalização como bens de uso e consumo, conforme demonstrado até aqui.

Considerados aqueles insumos como materiais de uso e consumo, a fiscalização teria que exigir o complemento da alíquota no que tange às aquisições interestaduais; no entanto, afirma que os produtos em referência não foram destinados ao consumo do estabelecimento, mas empregados no processo produtivo, classificados como produtos intermediários.

No item 5 é exigido ICMS, em decorrência da falta de estorno dos créditos fiscais relacionados a 2% do Nitrogênio Consumo e a 48% do Ácido Sulfúrico IB, adquiridos no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, sob o argumento que os mencionados percentuais dos produtos dizem respeito ao uso e consumo do estabelecimento. Infringidos, segundo os fiscais, os art. 93, V, “b” e o art. 124 do RICMS/BA.

Alega o autuado que tais materiais são utilizados no processo produtivo, descrevendo a função regular no funcionamento da unidade fabril:

Assevera que 2% do NITROGÊNIO CONSUMO utilizado na planta industrial tem por escopo expurgar os hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos equipamentos para manutenção, conforme laudo técnico (DOC 06). Diz que a parcela do produto tem fim específico de promover a limpeza química do processo, extraindo os resíduos de hidrocarbonetos presentes nos equipamentos e máquinas que compõem o seu parque fabril.

Ressalta a essencialidade dessa limpeza no desenvolvimento da sua atividade industrial, já que os resíduos existentes em seu maquinário não apenas os comprometeriam como também contaminariam os produtos em fabricação, interferindo nas especificações técnicas e na sua qualidade.

O ACIDO SULFÚRICO IB usado no tratamento de efluentes, em atenção às normas ambientais que integra o próprio processo de industrialização (doc. 06). Aduz que a legislação do país, a partir de própria Constituição Federal, estabelece as condições que as empresas devem observar para a preservação do meio ambiente e proteção do solo. O art. 225, CF 88 define um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Arrola medidas preventivas que incumbem ao Poder Público (art. 225, § 1º), competindo à união, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre as condições mínimas de saúde, segurança e preservação do meio ambiente (art. 24, VI, VIII e XII).

Cita o Decreto nº 99.274/90 (art. 34, III e XII), que destaca o ordenamento jurídico ambiental prevendo penalidades em caso de descumprimento dos limites e das condições legalmente estabelecidos para descartes de efluente líquidos.

Salienta que a poluição decorrente do descarte de dejetos industriais e os riscos a ela inerentes não devem ser transferidos de forma e lugar, mas controlados através de processos de tratamento primário (correção de PH), tal como realizado pelo impugnante, utilizando-se do ácido sulfúrico. Defende que os custos com aquisição desse material intermediário, utilizado no tratamento de afluentes compõem o preço do produto final, não se enquadram no conceito de uso e consumo e legal é o crédito de ICMS.

Na infração 6, a acusação é a saída para armazenagem em outras unidade da Federação com base de cálculo no valor inferior ao preço praticado nas vendas realizadas na praça remetente. A fiscalização desconsiderou a base de cálculo utilizada nas remessas para armazenagem noutros Estados, tendo feito a sua apuração, com a utilização do preço unitário das mercadorias nas saídas supostamente mais recentes, no local da situação do estabelecimento remetente, tendo resultado desta operação, supostos débitos a título de ICMS.

Diz que a fiscalização respaldou seu procedimento nos artigos 56 e 124, I, RICMS BA e o art. 124, I do ICMS; considerando que não foi especificado o inciso do art. 56, o que já configuraria nulidade do item; diz ainda que ao autuado procede a análise das disposições do referido artigo, a fim de identificar a base de cálculo aplicáveis a tais operações.

Ao final, constata que a operação se enquadrou na hipótese genérica prevista no inciso III, do mesmo artigo 56, definindo a base de cálculo do ICMS, nos casos de falta de valor da operação, como é o caso, nas remessas para depósito em armazéns gerais, situados em outra unidade da federação. Sendo industrial, o estabelecimento autuado, a base de cálculo deve corresponder àquela prevista na alínea “b”, qual seja: o preço FOB do estabelecimento industrial à vista mais recente, sendo observado o art. 56, § 1º.

Resume que a legislação não dispõe especificamente sobre a base de cálculo do ICMS a ser adotada nas remessas interestaduais para armazém geral, e assim, aplicam-se as disposições do art. 56, inciso III, alínea “b”, RICMS BA, além de observar os critérios estabelecidos no seu § 1º, segundo o qual, a base de cálculo corresponde ao preço FOB à vista da operação mais recente.

Contudo, diz o autuado, partindo das premissas fixadas em tais dispositivos legais, para se apurar a base de cálculo nas remessas de mercadoria para estocagem em outra unidade da Federação, os fiscais acabaram por adotar procedimento diverso e relatórios que apresentam falhas que, corrigidas, praticamente anulam os débitos exigidos, conforme as situações a seguir descritas:

A) DA DESCONSIDERAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE VENDA REALIZADAS, ALÉM DAS CLASSIFICADAS NO CFOP 5101

Argumenta o autuado que a legislação de regência se limita a fixar que seja utilizado em tais operações, o preço de venda mais recente, o que denota a necessidade de ser considerado o preço



utilizado na operação que reflita a última transação comercial, que importe na transferência de propriedade da mercadoria mediante um preço convencionado.

Explica que para a comparação com o valor utilizado como base de cálculo nas remessas para armazenagem, não importa a classificação fiscal atribuída à operação de venda, mas apenas se esta possui um preço avençado e se corresponde à última transação comercial do mesmo produto, que implique na transmissão de sua titularidade e que haja sido realizada pela empresa antes de efetivação da transferência para o armazém.

Contrapõe que o procedimento fiscal se mostra desarrazoado, eis que os auditores cotejaram os valores utilizados como base de cálculo nas remessas para armazenagem em outras unidades da Federação apenas com os preços unitários utilizados nas operações de vendas internas, classificadas no CFOP 5.101, procedimento que limitou o universo de operações do qual poderia ser extraído o valor a ser utilizado nas remessas para armazenagem, uma vez que restringiu à uma diminuta parcela das operações de venda realizadas, distorcendo completamente o resultado do levantamento fiscal.

Entende que deveriam ser consideradas todas as operações de venda dos mesmos produtos que foram transferidos para armazém. Observou que, além das vendas internas (CFOP 5.101), realizou outras operações de vendas classificadas no CFOP 6.101 – venda interestadual de produção do estabelecimento; CFOP 6.105 – venda interestadual de produção do estabelecimento que não deva por ele transitar, além do CFOP 6.653 venda de combustível ou lubrificante de produção do estabelecimento destinado à comercialização, que foram desprezados pela fiscalização.

Aduz que refez o procedimento fiscal calculando os preços unitários das operações de vendas, incluindo os CFOP 6.101, 6.105 e 6.652, que utilizou para fins de cotejo com os valores praticados nas remessas interestaduais para armazenagem. Ressalta que se valeu dos mesmos critérios usados pelos fiscais na apuração do preço unitário nas vendas internas (CFOP 5.101). Listou todas as vendas efetuadas nos anos de 2006 e 2007, classificadas nos CFOPs 6.101, 6.105 e 6.652, verificou o valor unitário de cada produto, por meio da divisão do valor contábil da venda (valor da venda sem o ICMS) pela quantidade da mercadoria vendida.

Lembra que a exclusão do ICMS dos preços das operações é providência imprescindível para fins de comparação com os valores de remessa interestaduais para armazenagem.

Destacou peculiaridades das operações interestaduais para armazéns gerais que devem ser observadas na comparação do valor praticado nas remessas com o preço de venda interestadual à vista. Alega que efetua remessa de alguns de seus produtos para armazém localizado em São Paulo com o objetivo de facilitar a venda dos mesmos para clientes da região. Nessas remessas, o impugnante verifica o preço do produto a ser enviado e nele computa o ICMS à alíquota de 12%, a fim de apurar a base de cálculo do imposto estadual, ICMS destacado no documento fiscal.

Explica que o armazém paulista ao receber a mercadorias para estocagem, escritura, à crédito, o montante equivalente a 12%, já que é considerada contribuinte do ICMS.

Quando a mercadoria depositada em São Paulo é vendida para clientes da região, a remessa do armazém para destinatário naquele Estado é tributada como uma operação interna, à despeito de o proprietário vendedor das mercadorias estar localizado no Estado da Bahia. Diz que, embora o armazém receba as remessas com tributação de 12%, a posterior saída interna é efetuada com a alíquota de 18%. Para tanto, é acrescido ao valor unitário do produto o ICMS correspondente a alíquota de 18%, uma vez que o ICMS compõe a base de cálculo.

Além da nota fiscal emitida pelo armazém para o destinatário dos produtos com a alíquota de 18%, a impugnante também emite nota fiscal de venda aos clientes de São Paulo, sem destaque do imposto, com preço de venda igual ao valor constante da nota fiscal expedida pelo armazém geral (art. 673, RICMS/BA). O valor da operação da nota fiscal emitida pelo armazém ao destinatário dos produtos deve ser idêntico ao preço de venda constante da nota fiscal fatura emitida pelo depositante para o seu cliente.

Depreende-se que o valor unitário do produto remetido para o armazém geral está onerado com a incidência de ICMS de 12%, enquanto que o preço unitário de venda do produto armazenado está onerado com o ICMS correspondente de 18%. Assim, o preço unitário constantes nas notas fiscais de venda é superior ao valor unitário das notas de remessas para o armazém.

A nota fiscal-fatura de venda emitida pelo autuado para seu cliente, em São Paulo, relativa à alienação dos produtos depositados no Estado de São Paulo contém valor com ICMS de 18%, visto que o cliente deverá pagar à impugnante o mesmo imposto que está recebendo como crédito fiscal, em conformidade com o princípio da não-cumulatividade.

A impugnante deverá ressarcir o armazém da diferença entre 18% de ICMS debitado na saída dos produtos depositados e os 12% creditado quando do recebimento das mercadorias remetidas para armazenagem.

Conclui o autuado que, nas notas fiscais faturas emitidas, relativas às mercadorias depositadas em armazém geral, situado em São Paulo, o valor do produto estará onerado com ICMS correspondente a alíquota de 18% e não de 12%, a despeito de se tratar de uma operação interestadual, com o vendedor na Bahia e o comprador localizado em São Paulo.

Assim, na comparação do valor utilizado na operação de remessa interestadual para armazém geral com preço FOB à vista mais recente de venda interestadual, deve ser verificado se essa venda FOB se refere a uma venda efetuada de mercadoria depositada em armazém geral situado em São Paulo. Porque, sendo venda direta para cliente em outro estado da federação ou depositada em armazém geral situado na Bahia, o preço unitário estará onerado pela alíquota de 12%; sendo a venda realizada para cliente de São Paulo com a mercadoria remetida pelo armazém geral no referido Estado, seu preço unitário será maior, tendo em vista a inclusão de ICMS de 18%.

Nesse caso, explica, na comparação dos valores deve ser expurgado o ICMS de 18% do preço, já que a base de cálculo relativa à remessa para o armazém geral está aumentada com apenas 12%. Ajuste necessário para que não se chegue à equivocada conclusão que as remessas para armazém estão sendo tributadas por valor inferior ao normalmente praticado pelo remetente.

Diz o sujeito passivo que promoveu os citados ajustes nos preços unitários das operações de vendas 2006/2007 para fins de comparação com os valores unitários praticados nas remessas para armazenagem.

#### B) DA DESCONSIDERAÇÃO DAS SAÍDAS MAIS RECENTES REALIZADAS PELA IMPUGNANTE.

Conforme visto anteriormente, para fins de determinação da base de cálculo nas remessas para armazenagem em outra unidade da federação, deve ser utilizado o preço FOB à vista da operação mais recente. No entanto, os fiscais, em algumas situações específicas, ignoraram as operações mais recentes classificadas no próprio CFOP 5101, valendo-se de valores das operações mais antigas. Aduz que já promoveu os devidos ajustes aos demonstrativos fiscais.

#### C) DA FALTA DE EXCLUSÃO DO VALOR DO FRETE NO PREÇO DE VENDA CONSIDERADO

Conforme visto, a base de cálculo adotada nas remessas interestaduais para armazenagem deve correspondente ao preço FOB à vista da operação mais recente (art. 56, III, "b" do RICMS). Identificado a operação mais recente, devem ser excluídos do preço unitário dos produtos, os custos de frete ali incluídos, na determinação da base de cálculo.

Diz que todos os preços utilizados no levantamento fiscal se encontram onerados com o frete, pois as transações foram realizadas na modalidade *Cost Insurance Freight* - CIF. Alega que ainda com os autuantes denominado os preços como UNIT FOB 5101 (coluna F anexo B), não foi feita a devida exclusão do frete que onera o preço contemplado nas notas fiscais.

Aduz, mesmo que as operações elaboradas para definição da base de cálculo das remessas para armazenagem ainda se encontram oneradas pelo valor do frete, envidará esforços para identificar os valores relativos ao frete de cada operação, protestando pelo posterior juntada dos arquivos correspondentes. Apresenta ajustes ao relatório fiscal, saneando parte dos erros (DOC 07).

Observa, a partir de tais procedimentos, que as diferenças foram drasticamente reduzidas e que prosseguirá empenhado em demonstrar a improcedência dos débitos residuais, o que ocorrerá, uma vez excluídos os custos com frete.

Na infração 7, diz que a exigência do ICMS supostamente não recolhido, em razão da remessa de mercadoria para armazenagem em outra unidade de federação, sem o devido destaque do imposto, relativamente às Notas Fiscais nºs 308.146 e 339.155, sendo fixada a base de cálculo apurada de ofício, mediante a utilização do preço unitário FOB.

Alega que as citados notas fiscais foram canceladas, não tendo acobertada remessa alguma de mercadoria para armazenagem em outros Estados da Federação, a justificar a exigência do ICMS lançado pela fiscalização. Traz como prova relatório extraído de seu sistema de gerenciamento de dados, apontando os mencionados cancelamentos, nos meses de janeiro de 2006 e março de 2007 (doc. 08); lançamento das notas canceladas no Livro de Saídas (DOC 09) e anotada no registro tipo 50 arquivos SINTEGRA, transmitidos a SEFAZ/BA (doc. 10). Diz que, assim, não pode ser exigido o ICMS como também a suposta penalidade prevista no art. 44, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Finaliza com o pedido de julgamento parcialmente procedente (reconhecimento da infração 2) e o afastamento das infrações 1, 3, 4, 5, 6 e 7. Diligência para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos acostados.

Os autuantes prestam informação fiscal de fls. 365/376, aduzindo que na defesa apresentada, o autuado reconhece a infração 2 e impugna as demais; afirmam que questões constitucionais suscitadas pelo sujeito passivo não serão discutidas por não ser o fórum apropriado; argui a nulidade do auto de infração por deficiência na fundamentação legal; apenas na infração 7 questiona erros materiais.

Os Auditores discorrem sobre preclusão consumativa, entendendo que a mesma ocorreu quanto às notas fiscais ou documentos não discutidos ou não trazidos aos autos, produzindo os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF.

Com relação à infração 1, dizem que os argumentos defensivos são pela falta de fundamento jurídico para a exigência dos estornos ou, em existindo, que a parcela da receita com GLP é ínfima, tratando-se de um subproduto.

Alegam os autuantes que o legislador foi feliz na separação dos incisos II (redução da base de cálculo) e III (isenção e não incidência) do artigo 100, RICMS BA e incabível a alegação da falta de tipificação. Dizem que o estabelecimento autuado deixou de efetivar os estornos nas saídas de GLP, deve agora arcar com o ônus do lançamento de ofício.

Entendem que a defesa poderia alegar a ausência da combinação do art. 100, II com o art. 35-A, também do RICMS/BA. Ocorre que o autuado se defende dos fatos e não dos dispositivos legais. Os fatos foram bem postos e entendidos pelo impugnante, como prova a sua peça impugnatória.

Afirmam não existir na legislação tributária do Estado qualquer orientação que os estornos devam ser aplicados somente aos produtos principais. Observam que os subprodutos, muitas vezes, são indesejáveis, a legislação, então, estabelece que os estornos devem ser posteriores à ocorrência do fato, já que no momento das entradas dos insumos não se poderia determinar com segurança o quantum dos créditos a ser glosados, somente podendo determiná-lo, após a conclusão da etapa produtiva. Lembram, ainda, que qualquer bem móvel susceptível de circulação econômica, inclusive a GLP, é considerado mercadoria (art. 1º, § 4º, RICMS BA).

Dizem, ainda, que a ausência de custeamento do GLP também não deve servir de justificativa para a ausência do estorno. A autuada forneceu uma planilha com os custos de GLP (fl. 142), que não foi considerada pela fiscalização, porque apresentou uma coluna “outros” sem estabelecer a que se refere e em desacordo com a legislação (art. 56, incisos IV e V do RICMS/BA).

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

Informam, na infração 3, que o mono etileno glicol (MEG) é um selante para bombas que entra em contato com a corrente de processo. Esclarecem que atua sobre a bomba e não sobre os produtos, sendo uma das preocupações da produção que não opera por selo mecânico para evitar contaminação, caso houvesse este contato.

Explicam que o MEG tem ponto de ebulição a 197,3 °C e a corrente de processo com o ISOPRENO 34 °C, o que já demonstra a impossibilidade da mistura entre o MEG e a linha de produção. Diz ainda que o ISOPRENO é utilizado para produzir um polímero, já que o MEG não polimeriza, como se extrai da ficha do produto obtido da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. Conclui o equívoco da tese de defesa que o MEG se integra ao produto final.

Quanto ao “TRACERCO ISOCTANO 30.000, TOLUENO 30.000 e XILENO 30.000”, dizem que, apesar do tratamento de insumo que o autuado quer dar aos corantes utilizados para diferenciar os produtos no momento da venda, trata-se na verdade de uma despesa de comercialização, pois quando é adicionado já se tem o produto final pronto e acabado, não conferindo essa adição qualquer propriedade ao produto, apenas atendendo a questões de natureza criminal e não tributária; não existe autorização expressa na legislação para o aproveitamento de tais créditos fiscais.

INSUMOS UTILIZADOS NA UNIDADE DE TRATAMENTO DE ÁGUA. Lembram que a glosa dos créditos dessas aquisições já foi por discutida no âmbito deste Conselho de Fazenda, existindo farta jurisprudência. Dizem ainda, que a adição desses produtos à água é opcional, já que o autuado pode utilizar o sistema aberto de refrigeração onde nenhum produto ou aditivo é adicionado, perdendo assim, tais produtos, a característica de essencialidade.

Aduzem que o “SAL FINO” é sal de cozinha (NaCl), mineral inorgânico, que não pode integrar qualquer tipo de água produzida, pelo simples motivo de o tratamento ser exatamente para a retirada dos sais, ou seja, a desmineralização.

INSUMOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO, dizem também que o CONSEF já discutiu a matéria. Na realidade, todos atuam sobre os equipamentos, não tendo contato com o produto produzido. Os insumos são: Hipoclorito de Sódio, Algicida Cloreto Alq Amônia 6, Dispersante Sistema Resfr, Trasar 73202, Nalsperse 7308, Nalco 1336, Nalco 7330, Nalco 8338, Nalco N-7342 e Inibidor Corrosão Agua Resfr B. Dizem que o próprio autuado confessa a função de material de uso e consumo.

Salientam que “MATERIAIS UTILIZADOS EM LABORATÓRIO” para controle de qualidade é coisa distinta de processo produtivo; a análise laboratorial para verificação da qualidade dos produtos funciona como uma garantia, um contrato de natureza civil, de que os produtos fornecidos atendem às exigências do adquirente, não vislumbrando qualquer afetação de natureza tributária.

Explicam que identificou o CLORETO PA 99% pela sigla que significa pró-análise e equivale a Reagente Analítico do DA-2326. Além disso, os materiais em uso no laboratório devem ter pureza acentuada, próxima a 100%. A empresa tenta provar que este produto é utilizado no processo como insumo e não em laboratório, mas a expressão reagente analítico atesta que a sua função é de controle de qualidade em laboratório, tratando-se de material de consumo.

INSUMOS UTILIZADOS NO PROCESSO PRODUTIVO NO SISTEMA DE GERAÇÃO DE VAPOR. O Nalco 22130 e Nalco Y 300548 têm a função de evitar a corrosão e aumentar a vida útil do equipamento sem afetação aos produtos.

AR MEDICINAL CIL 9,6 MM3. Dizem os Auditores Fiscais que o autuado quer fazer crer tratar de produtos intermediários, quando, na realidade, o produto é destinado ao uso e consumo.

AR DE SERVIÇO. Informam que ar de serviço e ar de instrumento são utilizados em processos industriais mais complexos. O ar de Serviço é menos nobre utilizado em função de limpeza, em substituição às vassouras; varrendo ou empurrando o material imprestável do chão. O ar de instrumento tem função mais nobre de substituir a energia elétrica abrindo e fechando válvulas.

Fazem uma comparação com as vassouras industriais e pessoas utilizando bucha de Bombril; perguntam se palhas de Bombril teriam direito à crédito de ICMS, para concluírem com uma nova pergunta: por qual motivo o ar de serviço, empregado nas mesmas funções, teria direito ao crédito fiscal?

GÁS DIÓXIDO DE CARBONO CO<sub>2</sub>. Lembram a alegação defensiva de que o CO<sub>2</sub> é utilizado para neutralizar a soda gasta, quando na verdade está relatando um procedimento de tratamento de afluente líquido. A soda gasta é um efluente que será descartado, mas, necessita, antes, ter seu índice de acidez neutralizado, conforme contrato entre o autuado e a empresa de tratamento de efluente, no caso a CETREL. Concluem que não merecem o acolhimento tais razões.

INSUMOS UTILIZADOS COMO AGENTES ANTI-CORROSIVOS, BEM COMO NA LIMPEZA QUÍMICA DO PROCESSO. Informam que são anti corrosivos, produtos utilizados para aumentar a vida útil do maquinário. O laudo técnico trazido pela defesa comprova que os produtos são aplicados no aumento da vida útil do equipamento ou para fins de limpeza.

Mantêm na totalidade a infração.

Quanto à infração 4, que trata da exigência do diferencial de alíquotas, dizem que decorre do estorno de crédito e deve ser aplicado tudo quanto discutido na infração anterior.

Com relação à quinta infração, dizem que a própria defesa confessa que Nitrogênio Consumo é utilizado para promover limpeza química do processo e o ácido sulfúrico, no tratamento de afluentes. Reiteram que admissão de tais produtos não afeta a produção e o tratamento de afluente é uma questão de direito ambiental, concluem, portanto, que a glosa parcial dos créditos está de acordo com a legislação e mantêm a infração.

Dizem que na infração 6, a exegese feita pelo autuado para a base de cálculo das operações das remessas para armazém geral em outro Estado encontra-se equivocada, uma vez que o autuado não combina os incisos I e II do parágrafo 1º do art. 56, que restringem as saídas consideradas às operações no mercado atacadista local.

Observam que a defesa considerou todas as saídas como operação de venda (CFOP 6105), comparando com a operação da remessa (CFOP 6905), distintas apenas as alíquotas que, nas remessas é de 12% e nas vendas, tributação cheia de 18%. Defendem os auditores que, justamente para permitir que o Estado compare os valores praticados e apurasse a presença de valor agregado é que o legislador restringe a comparação à praça atacadista local.

Transcrevem as ementas de acórdãos do CONSEF (2ª JF - 0026-02/07 e 2ª CJF - 0375-12/07).

Afirmam que uma imputação não pode ser elidida com simples alegação, uma vez que o autuado nada apresentou. Contestam a alegação defensiva de que os autuantes não desoneraram o frete na apuração do valor das saídas mais recentes, confirmam que a partir da planilha D-1, apuraram o valor FOB, subtraindo o valor contábil do valor do frete ( $F = E - A$ ). Argumentam que, nas operações internas, valor do frete consta da planilha de fls. 158 e demais; confirmam a existência de operações com transportes por dutovias ou que saíram a preço FOB.

Entendem que o autuado quer transformar “ad eternum” seu direito de contestar; que infrutífera é a discussão acerca das saídas com CFOP 6.105 e alíquota de 18%, já que essas saídas não fazem parte do levantamento defensivo, devendo ser excluídas.

Na infração 07, informam que o autuado apenas alega o cancelamento das notas fiscais, sem a apresentação das respectivas primeiras vias. Dizem que a simples alegação de que a nota fiscal foi cancelada não garante a verdade dos fatos. Lembram que instada a apresentar as primeiras vias das notas fiscais canceladas, a autuada apresentou várias delas, mas não aquelas que

suportam a exigência. Lembram que já operou a preclusão do seu direito, em função dos 30 dias (trinídio legal) e mantêm o lançamento.

Concluem informando que os erros de tipificação não configuram cerceamento do direito de defesa, requerendo julgamento procedente do auto de infração.

A diligência fiscal solicitada pela 5ª Junta de julgamento fiscal, fl. 381/382, objetiva esclarecer divergências existentes nos autos. Diligente da ASTEC (assessoria Técnica do CONSEF) apresenta Parecer, às fls. 386/389.

Informa que na infração 06, confrontou a planilha fiscal (fls. 88/95) com o do autuado (fls. 346/349), constatando que o fisco considerou exclusivamente os preços consignados nas notas fiscais de vendas com CFOP 5101. O autuado ampliou o levantamento fiscal, incluindo CFOP 6101, 6105 e 6652 (operações de saídas com preço FOB à vista mais recente).

Com relação à exclusão da alíquota interestadual embutida no preço na determinação da base de cálculo, diz que o próprio autuado reconhece que os ajustes foram feitos e na sua manifestação, buscou esclarecer a metodologia utilizada na apuração dos preços unitários relativos às notas fiscais de CFOP 6101, 6105 e 6652. Conclui pela redução da exigência para R\$ 195.055,50.

No que refere à exclusão do frete, o autuado admite que operações foram realizadas na modalidade CIF, cujos fretes que oneram os preços deveriam ser excluídos. Diz que o autuado, no entanto, não aponta em quais operações ocorreram tais equívocos.

Na infração 07, destaca a afirmação do autuado de que não dispõe das vias originais das notas fiscais canceladas. Consta nos autos, fls. 390/405, esclarecimentos do autuado acerca da mencionada diligência.

O Processo Administrativo Fiscal foi convertido em nova diligência, fl. 457, considerando que não foi dada a ciência ao autuado, sobre os termos da diligência anterior.

Devidamente cientificado, fls. 462/470, manifesta-se o autuado sobre o Parecer ASTEC 0152/2011. Com relação a infração 06 aduz concordar parcialmente com a conclusão da Auditora Fiscal diligente, exceto no que se refere à falta de exclusão do valor do frete no preço de venda, uma vez que não considera procedentes os dois fundamentos utilizados para rechaçar os argumentos da defesa.

O primeiro fundamento da diligente é que a autuada não teria apontado as notas fiscais que estariam oneradas pelo frete CIF, tendo, de acordo com a proposta fiscal, generalizado tal alegação ao afirmar que *“diversas operações foram realizadas na modalidade CIF”*.

O segundo é que a autuada não apresentou os documentos comprobatórios da parcela do frete que compõe os preços consignados nas notas fiscais utilizadas como parâmetro.

Afirma o autuado que, em contrário, disponibilizou para o diligente todos os talonários de notas fiscais de saída, por amostragem, e que colacionou aos autos, cópias de algumas notas fiscais oneradas pelo frete. Conclui que os talonários foram apresentados por amostragem, em vista o seu grande volume, combatendo a afirmação da diligência.

Insiste, em que pese a autuado não ter apresentado os documentos que comprovem a parcela do frete que compõe o preço da mercadoria, tal fato, por si só, não autoriza o Fisco a exigir tributo sobre uma base de cálculo indevida. Reitera que a base de cálculo a ser adotada nas remessas interestaduais para armazenagem deve corresponder ao preço FOB à vista da operação mais recente. Identificada tal operação, devem ser excluídos do preço unitário os custos com o frete ali incluídos, para fins de determinação da base de cálculo da remessa para armazenagem em outro Estado da Federação. Alega, no entanto, que foram usadas como parâmetro diversas operações na modalidade CIF. Diz que, embora os autuantes tenham denominado os preços como FOB, em relação a diversas notas fiscais utilizadas como parâmetro não foi feita a exclusão do frete que onera o preço contemplado nas notas fiscais. Anexa cópias de notas fiscais com cláusula CIF.

Aduz que excluídos os custos de frete que gravaram as operações de vendas não haveria diferença de ICMS a cobrar.

Com relação à infração 07, diz que, desde a impugnação já esclareceu que as Notas Fiscais 308.146 e 339.155 foram canceladas, não tendo acobertado remessa alguma de mercadoria para armazenar em outros Estados, que justifique a exigência do ICMS.

Intimado, durante a diligência fiscal, reitera que não dispõe em seu arquivo das vias originais dos documentos fiscais aludidos, uma vez que foram cancelados após as primeiras vias terem sido destacadas dos respectivos talonários e entrega das mercadorias ao transportador.

Argui, contudo, que a não apresentação das primeiras vias das notas fiscais em destaque não tem o condão de alterar a realidade dos fatos, devendo o fisco lançar mão de outros meios para atestar a verdade dos fatos, sob pena da ofensa ao princípio da verdade material.

Afirma que trouxe aos autos, outros documentos de provas, tais como:

- relatório de gerenciamento de dados (DOC 08)
- livro registro de saída com o registro dos documentos fiscais (DOC 09)
- registro tipo 50 do SINTEGRA (DOC 10)

Diz que, conforme orienta o manual do Convênio ICMS 57/95, no registro 50, o campo 17 deve conter a informação de cancelamento dos documentos fiscais. Argui que as notas fiscais em análise foram registradas no campo 17. Conclui que o Fisco não pode ignorar as provas carreadas aos autos, sob pena de privilegiar o formalismo, em detrimento ao princípio da verdade material.

Conclui pela improcedência desse item, asseverando, assim, que restem afastadas as exigências consubstanciadas nos itens 1, 3, 4, 5, 6 e 7. Reitera o pedido de juntada posterior de documentos, a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos alegados.

Voltam a manifestar-se às fls. 474/475, os Auditores Fiscais, resumindo as razões da defesa ao reconhecer a infração 2, apresentar preliminares de natureza constitucionais, suscitar nulidade da autuação, arguições jurídicas para as demais infrações e de erros materiais com relação à infração 7.

No que se refere à diligência fiscal, na infração 06, reiteram que as notas fiscais com CFOP 6105 devem ser excluídas para os efeitos de comparação com os valores das remessas interestaduais para armazéns gerais; com relação ao frete, dizem que a autuada não apresentou, mesmo quando intimada, os valores que deveriam ser expurgados. Nos documentos acostadas aos autos, observam que nem todos têm frete pago pelo autuado, caso das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 337.366 e 336.938, fls. 412 e 414.

Com relação à infração 07, dizem que não foram apresentadas as primeiras vias das notas fiscais.

## VOTO

Trata-se de lançamento de ofício para exigir crédito tributário, no montante de R\$ 6.672.206,36, relativo às 07 (sete) infrações, descritas e relatadas nas páginas precedentes, que serão objeto de apreciação do relator desse Processo Administrativo Fiscal, exceto para a infração 2, reconhecida pelo autuado, logo, não fazendo parte da lide, sendo considerada procedente. Assim, a contenda se restringe às demais exigências do Auto de Infração.

Inicialmente, há de se esclarecer que o pedido de diligência suscitado pelo autuado para constatação dos fatos alegados, foi deferido, fls. 381/382, para verificação das dúvidas existentes nos autos, relativamente às infrações 6 e 7. Para as demais infrações, os elementos contidos nos autos foram suficientes para o meu convencimento, em consequência, o pedido, resta indeferido, nos termos do art. 147, I, RPAF BA.

Verifico presentes, no Processo Administrativo Fiscal em tela, os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos fiscais reclamados, estando o lançamento de ofício de acordo com o estabelecido nos termos dos artigos 39, RPAF BA (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) e 142 do CTN (Código Tributário Nacional). Todo o procedimento foi pautado na busca da verdade material e inexistiu qualquer equívoco na constituição do crédito tributário, cuja solução será tratada na discussão de mérito, que se segue. Superadas, pois, as questões adjetivas.

Quanto às razões de mérito, relativamente à infração 1, a exigência é da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS em relação às entradas de mercadorias, proporcional às saídas subsequentes de GLP que ocorreram com redução de base de cálculo, nos exercícios de 2006 e 2007, no valor global de R\$1.188.988,08.

Os argumentos defensivos se prendem à não existência de fundamento jurídico para a exigência dos estornos exigidos, considerando que a empresa não adquire o GLP e, em seguida, promove a sua saída com redução de base de cálculo; adquire bens e mercadorias que, submetidos ao processo de industrialização, o geram de forma involuntária e compulsória; O GLP, portanto, é um subproduto e sua parcela na receita é ínfima.

Argui o autuado que o art.155, § 2º, I, da CF/88, ao dispor sobre o ICMS não-acumulativo, excetua apenas as hipóteses de isenção ou não-incidência (inciso II), não pode a legislação inferior estabelecer de forma diversa. Em consonância com tal princípio, argumenta, os Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, autorizaram a manutenção do crédito fiscal, nas aquisições correspondentes de GLP. Ressalta que pelo Convênio ICMS CONFAZ nº 112/89 (prorrogado pelo Convênio ICMS 124/93), os estados acordaram a redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas de GLP, de forma que o imposto se dê à alíquota de 12%, sem previsão de estorno do crédito fiscal relativo à base de cálculo reduzido. Alega por fim, o autuado, que o art. 100, II, do RICMS/BA não pode ser aplicado, vez que as mercadorias adquiridas são utilizadas na produção de outros produtos, tais como: eteno, propeno e compostos aromáticos, cujas saídas não são feitas com a redução de base de cálculo.

Examinando os autos, verifico que os Auditores Fiscais elaboraram demonstrativo de débito que sustentam a exigência em tela, acostados às fls. 13/41. Estabeleceram a relação proporcional entre as saídas de GLP (gás liquefeito de petróleo) e a totalidade das saídas tributadas pelo estabelecimento autuado, no mesmo período. Aplicaram o percentual sobre o valor total de ICMS creditado e sobre esse valor foi apurado o valor do estorno em relação às saídas com GLP.

Conforme explanação nos autos, o estabelecimento industrial adquire nafta, decomposta na produção de eteno e propeno e, numa segunda etapa, a resina formada serve de insumo para a fabricação de uma infinidade de produtos. Na chamada Unidade de Produção de Eteno a nafta sofre reações químicas originando eteno, propeno, butadieno, benzeno e o tolueno; na junção do propano e do propeno surge o GLP.

Pelo exposto depreende-se que a forma involuntária ou compulsória como é formado o GLP, nem sua qualidade de subproduto ou o fato de ser uma “parcela ínfima” da receita do estabelecimento industrial explicam a falta de estorno proporcional, questionada pelo autuado.

Isto porque, o dispositivo indicado pelos Auditores Fiscais (art. 100, II do RICMS/97) estabelece:

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

*I - forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço (art. 21, I, LC 87/96) - grifo e acréscimo nosso.*

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

A legislação regulamentar desse Estado informa acerca do estorno proporcional:



*Art. 35-A. A fruição do benefício de redução de base de cálculo fica condicionada:*

*I - a não-apropriação proporcional dos créditos fiscais relativos a mercadoria entrada no estabelecimento de contribuinte ou a prestação de serviços a ele feita para:*

*a) comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou prestação subsequente for beneficiada com a redução;*

*b) integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante for beneficiada com a redução;*

*II - ao estorno proporcional dos créditos referidos no inciso anterior, se por ocasião da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço for imprevisível que a saída ou a prestação subsequente se dará ao abrigo da redução de base de cálculo.*

*Parágrafo único. Para efeito deste artigo, deverá ser observado, quando estabelecido, o limite de carga tributária e as disposições expressas de manutenção de crédito.*

As restrições à utilização de créditos do art. 100, inciso I conjugam-se com a previsão constitucional que veda o crédito fiscal em operações envolvendo produtos isentos e não tributados (art. 155, §2º, II, CF 88). A restrição do inciso II, art. 100, além do art. 35-A, RICMS BA, acima anunciadas, fundamento da presente ação fiscal, refere-se à impossibilidade do crédito que se extrai do princípio de não-cumulatividade expresso no art. 155, §2º, I, CF 88 (art. 19, LC 87/96).

Dessa forma, verifico que, ao contrário da afirmação defensiva, o dispositivo regulamentar se aplica à operação em questão, tendo em vista que o autuado utilizou créditos fiscais relativos às mesmas matérias-primas e insumos, cujos créditos fiscais foram utilizados na produção do GLP. Mesmo que a sua produção não seja desejável, como alegado, trata-se de produto que foi comercializado com redução de base de cálculo e ainda quando resulte em parcela pouco significativa do faturamento bruto da empresa. E, justamente por isso, os valores foram considerados proporcionais ao volume da receita total. Também não pode ser acatada a tese defensiva de que tal dispositivo só se aplica a mercadorias, tendo em vista que este conceito é genérico e se aplica a qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica de acordo com o art. 1º, § 4º do RICMS/BA.

A norma regulamentar, assim, visa adequar os créditos das entradas, proporcional aos débitos das saídas e o sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento for objeto de saída com base de cálculo reduzida, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Outrossim, tomando por base o precedente firmado no STF (RE 174478, DJU de 30.09.05), os tribunais do país têm decidido que a redução na base de cálculo do ICMS configura isenção fiscal parcial, que autoriza o estorno proporcional do crédito do ICMS. Nesse sentido, as palavras do Ministro Cezar Peluso: *"A atual posição da Corte parece-me, portanto, bastante clara: a redução da base de cálculo do ICMS corresponde a isenção parcial e, não, como outrora se considerava, categoria autônoma em relação assim à isenção, como à da não-incidência. Observe-se que a interpretação dada pela Corte ao art. 155, §2º, II, b, não representa ampliação do rol de restrições ao aproveitamento integral do crédito de ICMS, que remanesce circunscrito às hipóteses de não-incidência e isenção; entendeu-se, simplesmente, que a redução da base de cálculo entra nessa última classe, como isenção parcial, que é em substância.*

No que se refere à alegação de que os Convênios ICMS 112/89 e 124/93 acordam redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas de GLP, equiparando à alíquota de 12%, mas não prevê estorno de crédito de saída com redução da base de cálculo, observo que, embora os citados Convênios ICMS não tragam expressamente previsão do estorno, há regra específica prevista no art. 100, II, além do art. 35-A, RICMS BA, que preveem estorno de crédito para compatibilizar a proporcionalidade entre o valor do imposto devido nas saídas com base de cálculo reduzida e o montante do crédito fiscal dos insumos adquiridos.

Dessa forma, está correta a metodologia adotada pela fiscalização, calculando a proporção entre receita total e receitas de GLP, para apurar as aquisições que geram direito ao crédito de ICMS, a

exemplo do demonstrativo do estorno proporcional à fl. 13, do mês de janeiro 06, no qual a fiscalização aplicou o índice de 0,002193295 de saídas de GLP sobre o crédito fiscal total do ICMS de R\$ 74.753.697,98, apurando crédito proporcional ao GLP, no valor de R\$ 163.956,94, sobre o qual foi aplicado o percentual de redução de base de cálculo de 29,4117% da comercialização de GLP, apurando o valor de crédito fiscal a que fazia jus o autuado, R\$ 115.734,42 e exigiu o estorno proporcional de R\$ 48.222,52. Portanto, é compreensível a apuração dos valores exigidos como devidos, motivo pelo qual não acato o argumento defensivo de falta de demonstração do fato gerador e da base de cálculo do imposto com clareza e precisão.

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

Posto isso, concluo a correção da exigência do estorno do crédito fiscal proporcional à redução da base de cálculo, nas saídas de GLP, procedimento este que foi adotado pela fiscalização.

Infração caracterizada no valor de R\$ 1.188.988,08.

Na infração 3, visa o lançamento de ofício exigir o ICMS pela utilização indevida de crédito na aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2006 e 2007, valor global de R\$1.839.468,12. A infração 4 exige diferencial de alíquotas sobre a aquisição interestadual do respectivo material para uso e consumo, no valor de R\$ 1.342.639,34.

Os materiais adquiridos e objeto das infrações estão discriminados no “anexo c”, fls. 43/65 dos autos. Os Auditores Fiscais alegam que as aquisições de tais produtos não ensejariam direito ao crédito fiscal e deveriam pagar, em contrapartida, a diferença de alíquotas. O autuado alega a indispensabilidade dos materiais no funcionamento regular da unidade fabril, descrevendo o funcionamento dos produtos e caracterizando-os como matéria-prima ou material intermediário.

Examinemos alguns dos produtos questionados pelo sujeito passivo e conforme consta do Laudo Técnico em que se descrevem as funções dos produtos, anexo aos autos, fls. 144/157.

- MONOETILENOGLICOL MEG - utilizado como fluído de selagem a fim de evitar vazamentos do produto em elaboração e danos à higiene ocupacional e danos ambientais. Caso haja falha no processo de um ponto a outro da cadeia produtiva, o sistema de selagem impede o vazamento da corrente do processo para o meio externo. O MEG atua sobre o equipamento, a bomba, e não sobre o produto.

Tal produto não preenche os requisitos da legislação para o aproveitamento de créditos fiscais, como tem decidido o CONSEF.

- TRACERCO ISOCTANO, TOLUENO, XILENO 30.000 - insumo adicionado aos solventes comercializados com o objetivo identificar o produto final. O TRACERCO é, assim, adicionado aos produtos destinados à venda, após a conclusão da industrialização. Não preenche os requisitos da legislação para aproveitamento do crédito. Assim tem decidido o CONSEF.
- DIOXIDO DE CARBONO – é o gás carbônico, produto utilizado para neutralizar a soda oxidada;
- SACO PLA TRA – saco plástico usado na limpeza e recipiente de resíduos;
- INSUMOS UTILIZADOS NA UNIDADE DE TRATAMENTO DE ÁGUA. Tratamento de água é conjunto de procedimentos físicos e químicos que são aplicados na água para que esta fique em condições adequadas para o consumo (potável), livrando-a de contaminações, evitando a transmissão de doenças. Numa estação de tratamento de água, o processo ocorre em etapas com a utilização de vários insumos: CLORO LÍQUIDO - insumo utilizado no tratamento da água captada no rio joanes, que passa por um sistema de clarificação e filtração; INIBIDOR CORROSÃO ÁGUA RESFR, NALCO 1336, NALCO 8338, NALPERSE 7308, usados no sistema de resfriamento das torres; INIBIDOR CORROSÃO ÁGUA RESFR - usado no sistema de resfriamento das torres; NALCLEAR 8170 PULV – usado na clarificação da água; TRASAR 73202 - usado no

tratamento de água de resfriamento; SULFATO DE ALUMÍNIO – promove a floculação dos sólidos suspensos da água; DISPERSANTE SISTEMA RESFR – dispersante utilizado na torre de esfriamento; SAL FINO COZINHA – utilizado no processo de salmouragem na limpeza das plantas de desmineralização; ALGECIDA CLORETO – usado para evitar a formação de alga no deck da torre de esfriamento; HIPOCLORITO DE SÓDIO serve como bactericida no tratamento do sistema de água de resfriamento.

- INSUMOS UTILIZADOS NO PROCESSO PRODUTIVO NO SISTEMA DE GERAÇÃO DE VAPOR. Sistema que remove gás carbônico da água de alimentação das caldeiras, sofrendo os efeitos corrosivos dos produtos químicos, minimizado pela aplicação dos produtos: NALCO 22130 (TRASAR), NALCO Y-300375.
- INSUMOS UTILIZADOS COMO AGENTES ANTI-CORROSIVOS, BEM COMO NA LIMPEZA QUÍMICA DO PROCESSO. Insumos que minimizam os efeitos químicos dos produtos utilizados e que ocasionam desgaste e corrosão do maquinário do processo de produção: KURIZET L112 SOL NITR SÓDIO, aplicado na etapa final de manutenção do equipamento; DESGAISEICADOR EC 9104, utilizado na limpeza química do processo; DESENGRAXANTE HIDROCARBONETO L usado para dispersar polímeros no procedimento de limpeza química; INIBIDOR DE CORROSÃO AGUA/SAL, DETERGENTE INDUSTRIAL SAFETY, usado na limpeza química do processo;
- INSUMOS UTILIZADOS EM LABORATÓRIO. Na análise laboratorial busca-se verificar o controle de qualidade, pesquisa e desenvolvimento. CLORETO PA 99%, DIMETIL FORMAMIDA 99,9%;
- AR MEDICINAL CIL 9,6 MM3. Ar medicinal, ou ar comprimido, é mistura dos gases oxigênio e nitrogênio, na mesma proporção encontrada na atmosfera (21% e 79%, respectivamente), disponível em cilindro, usado principalmente em terapias de ventilação e inalação, bem como para atender necessidades na área medicinal, mas também industriais, de processamento químico, petroquímico, laboratorial e outras aplicações que requeiram um ar de qualidade. Contudo, não tem qualquer vinculação com os conceitos de produtos intermediários, conforme sugere o estabelecimento autuado.
- AR DE SERVIÇO garante o autuado que se trata de produto intermediário, na realidade, é o ar proveniente de um sistema de compressão de ar utilizado para serviços gerais, inclusive limpeza de equipamentos industriais, uma utilidade, que não demanda o aproveitamento de créditos fiscais de ICMS.
- CORANTE LARANJA AUTOMATE-2XS. Explica o autuado que se trata de aditivo que dá cor ao combustível, integrando-se ao produto final, uma vez que, originalmente, a gasolina é incolor. Os autantes entendem diversamente. Argumentam que o insumo serve para dar coloração à gasolina, já produzida, com a finalidade de diferenciar o combustível, na fase pós-produção, pelo que também não se enquadra na norma do art. 93, I, “b”, § 1º, RICMS BA.

Constato que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) é o órgão responsável pela regulamentação e fiscalização de combustíveis, especifica três tipos de gasolinas: tipo A, tipo B e tipo C. A gasolina tipo A, produzida pelas refinarias de petróleo e pelas centrais de Matérias-Primas Petroquímicas, é entregue diretamente às companhias distribuidoras e não possui álcool etílico anidro combustível (AEAC) em sua composição. A gasolina do tipo B é uma gasolina de alta octanagem além de outras características especiais e utilizada como combustível em aeronaves com motores de ignição por centelha. A gasolina tipo C é a gasolina automotiva, a mais comumente utilizada no Brasil e são de 4 espécies: comum, aditivada, premium e podium.

A gasolina comum é a mais simples, não recebe nenhum tipo de aditivo ou corante e apresenta coloração levemente amarelada. A aditivada possui as mesmas características da gasolina comum, diferindo apenas pela presença de aditivos multifuncionais, os quais têm como principal vantagem as características detergentes/ dispersantes de limpar e manter limpo todo o sistema de alimentação de combustível (tanque, bomba de combustível, tubulações, carburador, bicos

injetores e válvulas do motor, entre outros). Além desses aditivos, esta gasolina recebe em sua composição um corante que a deixa com a cor esverdeada para diferenciá-la da gasolina comum.

A gasolina premium recebe os mesmos aditivos da gasolina aditivada e apresenta coloração amarelada. A gasolina podium é a melhor gasolina do mercado. Sua principal característica é o elevado nível de octanagem (IAD = 95), o que a diferencia das demais gasolinas. Esta gasolina proporciona baixa formação de depósitos, isenta de benzeno e com menor teor de enxofre, permite uma redução na emissão de poluentes no meio ambiente, sendo considerada a gasolina mais limpa do mercado

A BRASKEM atua no ramo petroquímico e oferta a partir da sua unidade de insumos básicos, entre outros produtos, combustíveis do tipo gasolina A e a gasolina de Pirólise, além do gás natural (GLP) que não utilizam o aditivo, conforme vimos anteriormente.

Ademais, a Portaria ANP nº 309, de 27.12.2001, informa que as gasolinas geradas pelas Refinarias, Centrais de Matéria-Prima Petroquímica, pelo Formulador e mesmo aquelas importadas somente poderão ser incorporados álcool etílico anidro, aditivos e corantes nos teores e especificações estabelecidos pela legislação em vigor e são prerrogativas exclusivas do Distribuidor.

Portanto, corretos estão os autuantes no argumento que o insumo serve para dar coloração à gasolina, já produzida, com a finalidade de diferenciar o combustível, na fase pós-produção, pelo que também não se enquadra na norma do art. 93, I, "b", § 1º, RICMS BA, sobretudo pelas disposições supra relatadas.

Em síntese, os diversos produtos listados no demonstrativo fiscal não preenchem os requisitos da legislação para aproveitamento do crédito, tampouco se afeiçoa ao conceito de produtos intermediários, como defende o autuado, seja porque não se integram corporeamente ao produto final ou porque não foram utilizados como veículo ou agente necessário em emprego do produto industrial do autuado, conforme a análise retro mencionada, ou ainda porque objetivam proteger os equipamentos industriais de corrosão e de micro-organismos indesejáveis no processo industrial, na captação de água ou resfriamento de torres, o que, legalmente não justifica a utilização de créditos fiscais de ICMS correspondentes.

Portanto, tais materiais, apesar do inquestionável papel desempenhado no processo industrial do estabelecimento autuado, não se caracterizam como matérias-primas, produtos intermediários, essenciais, ou integrados ao produto final.

Assim, resta caracterizada a infração 3, no valor de R\$ 1.839.468,12.

A infração 4 exige diferencial de alíquotas sobre a aquisição interestadual do respectivo material para uso e consumo, discriminado no mesmo demonstrativo fiscal de fls. 43/65.

A diferença de alíquotas encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 155, § 2º, incisos VII e VIII), e incide nas operações interestaduais com bens de uso, consumo e ativo fixo e nas prestações interestaduais de serviço de transporte e de comunicação para consumidor final que seja contribuinte.

Tem previsão no art. 2º, IV, Lei nº 7.014/96, regulamentada pelo Decreto nº 6.284/97 (art. 1º, § 2º, IV). Seu fato gerador, para efeito de pagamento, ocorre no momento da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 4º, XV, Lei nº 7.014/96 e art. 5º, I, RICMS BA). A base de cálculo do imposto (art. 17, inciso XI, Lei nº 7.014/96) e, nos termos do art. 69, parágrafo único, RICMS /BA, no cálculo do ICMS diferença de alíquota aplica-se sobre o valor da operação, o percentual correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Diante do quanto exposto na apreciação da infração 3, reitero que as aquisições dos produtos tratados na presente questão como materiais de usos e consumo foram destinadas ao consumo no estabelecimento do autuado e, aquelas originadas de outros Estados da Federação, implicam no

pagamento do diferencial de alíquotas. É o que consta e caracteriza a exigência na infração 4, no valor de R\$ 1.342.639,34.

Na infração 5, a exigência é pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2006 e 2007. Completa a acusação que o contribuinte não efetuou espontaneamente os estornos de crédito fiscal de ICMS das mercadorias adquiridas para industrialização e que, posteriormente, parte desta mercadoria foi destinada ao seu uso/consumo.

Os Auditores Fiscais materializaram a exigência através de demonstrativo de fls. 66/83, no total de R\$ 358.288,43, relacionado a 2% do nitrogênio e 48% do ácido sulfúrico consumido pelo estabelecimento. Alega o autuado que tais materiais são utilizados no processo produtivo, descrevendo sua função no funcionamento da unidade fabril.

Examinando os termos dos autos verifico que o próprio laudo técnico (IT – Informe Técnico 004/2009) acostados ao PAF, fl. 343/345, ao descrever a função de alguns materiais utilizados no processo produtivo da unidade de insumos básicos da Braskem, informa que 2% do NITROGÊNIO CONSUMO utilizado na planta industrial tem por escopo expurgar os hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos equipamentos para manutenção, com o fim específico de promover a limpeza química do processo, extraíndo os resíduos de hidrocarbonetos presentes nos equipamentos e máquinas que compõem o seu parque fabril.

Não se discute a essencialidade dessa limpeza no desenvolvimento da atividade industrial do autuado, mas a utilização do produto, pelo menos no percentual indicado no laudo, não se confunde com o conceito, como antes já vimos, de produto intermediário, conforme insiste o impugnante, nas suas razões.

Com relação ao ÁCIDO SULFÚRICO IB, 48% do produto é usado no tratamento de efluentes líquidos das unidades de olefinas I (UO1) e de tratamento de água (UTA), conforme consta do laudo, antes mencionado, e em atenção às normas ambientais que integram o próprio processo de industrialização, insculpidas a partir da Constituição Federal (art. 225).

Em que pese a necessidade e esforço geral na manutenção do meio ambiente equilibrado e a essencialidade de tais materiais, as exigências fiscais sobre os mesmos devem-se manter por se tratarem de insumos que “não se contaminam com o produto acabado”, caracterizando-se como materiais de uso e consumo, utilizados no tratamento de efluentes, assim como inibidores de corrosão e na assepsia ou manutenção de equipamentos industriais, sem direito ao crédito fiscal no período sob análise.

Considere-se que a previsão para créditos oriundos da aquisição de materiais de uso e consumo dar-se-á a partir de 1º/01/2020, conforme art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96, alterada pela LC 138/10.

Posto isso, no caso concreto, o ÁCIDO SULFÚRICO IB e o NITROGÊNIO CONSUMO, nos percentuais indicados no demonstrativo fiscal, extraídos do Informe Técnico produzido pelo próprio, devem ser considerados materiais de uso e consumo, restando caracterizada a utilização indevida do crédito, no valor de R\$ 358.288,41.

Na sexta infração, recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias em remessa para armazenagem, em outra unidade da Federação, nos períodos de 2006 e 2007, no valor global de R\$ 1.724.023,76.

Nas razões, reclama o autuado que a fiscalização entendeu que houve saída de mercadoria para armazenagem fora do Estado com a utilização de base de cálculo inferior o preço praticado nas vendas realizadas na praça do remetente; procedeu a novos cálculos e apurou o valor, ora exigido. Diz, contudo, que houve equívoco fiscal, quando da fixação do imposto, nessa infração.

Aduz que, como a legislação não dispõe especificamente sobre a base de cálculo a ser adotada nas remessas interestaduais para armazém geral, deve ser aplicado o preço FOB à vista da operação mais recente, nos termos do art. 56, III, “b”, combinado com o § 1º do mesmo artigo.

Os Auditores elaboraram demonstrativo fiscal, fls. 88/95, identificando as diferenças encontradas e contestam a forma de apuração da base de cálculo proposta pelo autuado, uma vez que não considera o inciso I e o II do § 1º do artigo 56, que restringem as saídas a serem confrontadas às saídas no mercado atacadista local, não podendo comparar, por exemplo, as operações de venda com CFOP 6105 e com operação de CFOP 6905,

Diante do impasse, a junta de julgamento fiscal desse CONSEF, em pauta suplementar, converte o Processo Administrativo Fiscal em diligência para que um membro da sua Assessoria Técnica – ASTEC verifique se a base de cálculo apurada no demonstrativo fiscal de fls. 88/95, que serviu de confronto com a base de cálculo utilizada pelo contribuinte, nas remessas para armazenagem dos produtos em outro Estado da Federação foi apurada considerando o preço FOB à vista da operação mais recente.

Para que se apurasse o valor mais fidedigno da base de cálculo, nos termos do art.56, III, “b”, RICMS BA, solicitou-se que, no cotejo desses valores, fossem observadas as demais operações de vendas praticadas pelo estabelecimento industrial que possuíam melhores condições de preço, incluindo as vendas interestaduais de produção do estabelecimento; possíveis repercussões dos valores das vendas de produtos depositados em São Paulo (alíquota interna de 18%), considerando que na remessa interestadual, seu preço unitário estará onerado pela alíquota interestadual de 12%, além da verificação se os valores considerados nas remessas para armazenagem estariam onerados do frete.

O Parecer ASTEC 0152/11 informa que os Auditores Fiscais, na apuração do preço FOB à vista da operação mais recente para fins da determinação da base de cálculo utilizada no levantamento fiscal de fls. 88/95, confrontado com os valores do contribuinte, nas remessas para armazenagem de seus produtos, em outras unidades da Federação, consideraram exclusivamente as operações internas classificadas no CFOP 5101. Após as correções, exclusão da alíquota interestadual embutida no preço, inclusão das operações de vendas classificadas nos CFOP 6.101, 6105 e 6652, na determinação dos cálculos para fins do cotejo com os valores utilizados nas remessas para armazenagem, conclui o parecer pela redução do débito para R\$ 195.055,50.

Cientificado do resultado da diligência, o sujeito passivo manifesta-se contrário à falta de exclusão do valor do frete no preço da venda, argumentando que disponibilizou, no curso da diligência, todos os talonários de notas fiscais de saída, colacionando nos autos, inclusive, alguns exemplares de notas fiscais oneradas pelo frete, contestando a informação do diligente que não foram apresentados os documentos comprobatórios da parcela do frete que compõem os preços.

Questiona ainda, em que pese a falta de apresentação de tais documentos, isto não autoriza a exigência de tributo sobre uma base de cálculo notoriamente indevida. Reitera que o valor deve corresponder ao preço FOB à vista da operação mais recente e que as cópias das notas fiscais anexadas demonstram que tais operações foram realizadas com a cláusula CIF. Mantém-se irrisignado o autuado, acreditando que excluídos os custos de frete que gravaram as operações de vendas, constatar-se-á que não restará diferença a ser exigida.

Vejamos, então. Temos que nas remessas para armazenagem em outra unidade da Federação, o contribuinte deve adotar a base de cálculo, conforme previsto no art. 56, inciso III, alínea “b” do RICMS BA, o preço cobrado pelo estabelecimento industrial, na operação FOB à vista mais recente, que, por oportuno, reproduziremos a seguir, salientando-se que foi este o entendimento constante do voto vencedor na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, conforme Acórdão CJP Nº 0375-12/07.

A legislação desse Estado dá o seguinte tratamento para a formação da base de cálculo do ICMS.

***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.*

Na dúvida sobre a correta forma de apuração da base de cálculo, ministrada pela fiscalização, nas saídas de mercadoria para armazenagem fora do Estado, a diligência ajustou o demonstrativo inicial elaborado pelos Auditores Fiscais, responsáveis pelo feito, às fls. 88/95, reduzindo a exigência de R\$ 1.724.023,76 para R\$ 195.055,50.

A irresignação remanescente apresentada pelo autuado, sob a arguição de que os preços que serviram ao confronto, nas remessas interestaduais, estavam gravados por fretes com cláusula CIF, não tem procedência. Inicialmente, constato que desde o início dos procedimentos fiscais, os Auditores firmam a apuração do frete FOB ou outros casos, em que as mercadorias foram transportadas por DUTOVIAS. A diligência designada com esse fim especial reafirma a existência de operações de saídas com preço FOB e que o autuado não aponta em quais notas fiscais ocorreram operações na modalidade CIF.

Devo, antes, registrar que nas operações com cláusula CIF, o tomador, aquele que paga o serviço de transporte é o remetente; em sentido contrário, no frete contratado com a cláusula FOB, compete ao destinatário da mercadoria o pagamento do custo do transporte.

Nesse caso, em havendo, de fato, alguma operação com cláusula CIF, que o autuado entendesse a importância da segregação desse valor para fins de operacionalizar o confronto com os valores das remessas de mercadorias para armazém geral fora do Estado, deveria o sujeito passivo, não apenas disponibilizar, conforme afirma, os talonários de notas fiscais de saídas, mas providenciar no sentido da identificação dos valores de frete que estariam a gravar cada operação, independente do volume de tais operações. Considerando que discussão específica já se arrastava desde o início da ação fiscal. As notas fiscais acostadas aos autos, por amostragem, após a solicitação da diligência, não respondem ao questionamento defensivo, seja porque, a simples indicação da modalidade de frete em cada operação, não garante a existência de valores de frete embutido, no seu total, seja porque, entre as notas acostadas aos autos, existem operações com indicação tanto CIF e FOB, a exemplo das Notas Fiscais 337.366 e 336.938, fls. 412 e 414.

Data vênua, trata-se de equívoco defensivo a afirmativa: *“Ademais, em que pese a autuada não ter apresentado documentos comprobatório da parcela do frete que compõe o preço da mercadoria, tal fato não autoriza exigir tributo sobre base de cálculo notoriamente indevida”.*

A verdade material é função do Processo Administrativo Fiscal e, mitigando o conceito formal de litígio, deve ser buscada pelas partes, a Fazenda Pública e o contribuinte. A diligência fiscal não foi solicitada para trazer provas ao processo, sequer para suprir a prova mal formulada, porque não é essa a sua natureza; tal incumbência compete ao agente fiscal ou ao autuado. A diligência se presta a esclarecer dúvidas presentes no processo. No caso, a identificação de possíveis valores que gravassem os custos de fretes e que precisariam ser excluídos para fins da determinação da base de cálculo nas remessas em cheque, é uma prova que incumbe ao autuado,

cujos documentos encontram-se na sua posse e, em sendo necessário no apoio de suas razões, deveriam ser neles expressados e juntados aos autos.

Ante o exposto, acolho o Parecer nº 0152/2011, emitido pela ASTEC, órgão técnico desse CONSEF, que identificou razões na exigência da infração 06, reduzindo, contudo, o seu valor para R\$195.055,50, conforme fls.453/454, após a exclusão das saídas estranhas à operação, correção do valor utilizando-se o preço FOB mais recente, considerado o reflexo do ICMS embutido no preço.

Por fim, a sétima infração exige ICMS sob a acusação de que o contribuinte remeteu mercadoria para armazenagem em outra unidade da Federação sem destaque do imposto, no valor de R\$170.838,31.

Nas razões, o impugnante garante que as Notas Fiscais nºs 308.146 e 339.155 foram canceladas, não tendo acobertado qualquer remessa de mercadoria para armazenagem em outros Estados, que justifique a exigência do ICMS, além da penalidade prevista no art. 44, II, "a" da Lei nº 7.014/96.

Argumenta que, embora não tenha apresentado as vias originais dos documentos cancelados, traz como provas o relatório extraído de seu sistema de gerenciamento de dados, apontando os mencionados cancelamentos, em janeiro de 2006 e março de 2007 (DOC 08), registro fiscal das notas canceladas (DOC 09) e lançamento do registro tipo 50 dos arquivos SINTEGRA, transmitidos a SEFAZ/BA (DOC 10). Conclui que a não apresentação das primeiras vias das notas fiscais, contudo, não altera a realidade dos fatos.

Examinando os autos do processo, verifico que, mesmo após expressa intimação, durante a diligência fiscal, para que o autuado acostasse aos autos as provas do efetivo desfazimento das operações havidas através das Notas Fiscais nºs 308.146 e 339.155, o sujeito passivo não apresentou as primeiras vias dos aludidos documentos cancelados, reiterando que não dispõe em seu arquivo das suas vias originais, uma vez que o cancelamento ocorreu, após as primeiras vias terem sido destacadas dos respectivos talonários e após entrega das mercadorias ao transportador.

O contribuinte procede a uma operação com repercussão no lançamento de ICMS, sem a apresentação do documento fiscal exigível na legislação do imposto. Objetivando esclarecer a situação de pendência e, em atenção à verdade material, princípio caro ao processo fiscal tributário, foi designada diligência com o fito especial de juntar ao PAF cópias das primeiras vias da operação desfeita.

O caso concreto não trata de uma devolução. Posto que devolução é a operação através da qual o destinatário da mercadoria faz o retorno da mesma, ao remetente, após o seu recebimento. Segundo a narrativa da defesa, o cancelamento das notas fiscais ocorreu após o seu destaque do talonário e entrega das mercadorias ao transportador, mas antes de chegar ao seu destino. Ao dispor sobre o retorno de mercadorias não entregues ao destinatário, o art. 654, RICMS-BA, assim dispõe:

*Art. 654. O estabelecimento que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:*

*I - emitir Nota Fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação;*

*II - lançar a Nota Fiscal emitida na forma do inciso anterior no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso;*

*III - manter arquivada a 1ª via da Nota Fiscal emitida por ocasião da saída, que deverá conter a indicação prevista no § 1º;*

*IV - anotar a ocorrência na via presa ao bloco ou em documento equivalente;*

*V - exibir ao fisco, quando exigidos, todos os elementos, inclusive contábeis, comprobatórios de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida.*

*§ 1º O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria Nota Fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou*



*pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria: recusa de recebimento, falta de localização do endereço, mercadoria fora das especificações, estabelecimento fechado ou inacessível, ou outro qualquer, devendo a mencionada observação ser feita, sempre que possível, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", ou, não havendo espaço suficiente, no quadro "Dados do Produto".*

*§ 2º O transportador da carga observará, ainda, o disposto no inciso II do art. 636, relativamente ao Conhecimento de Transporte.*

Conforme consignado no *caput* do artigo 654 do RICMS-BA, a legislação tributária estadual prevê a hipótese da emissão de nota fiscal de entrada quando não houver a entrega de mercadoria ao destinatário, mantendo arquivada a 1ª via da nota fiscal emitida por ocasião da saída e jamais, simplesmente, o cancelamento do documento fiscal original, como procedeu o autuado.

No caso em debate, o autuado deixou de emitir a nota fiscal de entrada citada no inciso I do artigo 654, optando, equivocadamente, pelo cancelamento da nota fiscal de sua emissão. O exame desse procedimento evidencia que além de não atender à determinação contida na legislação, não adotou comportamento com provas que o justifique. Os demais documentos juntados ao processo, o relatório de gerenciamento de dados (DOC 08), a escrituração do cancelamento no livro registro de saída (DOC 09) ou a informação do cancelamento de documentos fiscais, no campo 17 do registro tipo 50 do SINTEGRA (DOC 10) não justificam o cancelamento das operações.

Não se trata, em absoluto, de privilégio da forma em detrimento ao princípio verdade material, como alegou o impugnante, mas, em contrário, a necessária observação da indisponibilidade do crédito tributário, como decorrência da impossibilidade de se transigir com o interesse público. Dessa forma, no caso concreto, os documentos apresentados pelo autuado, isoladamente, não servem como ***prova inequívoca do desfazimento de negócio*** e não se acomodam ao querer do legislador, uma vez que as primeiras vias das notas fiscais canceladas não foram apresentadas e as cópias dos registros acostados aos autos têm efeito exclusivamente unilateral, uma vez que foi emitida pelo próprio contribuinte e fazem referência à sua própria escrituração.

O atendimento de tais obrigações é fundamental para se comprovar o retorno de mercadorias e, assim, resguardar a Fazenda Pública de prejuízos referentes a operações que não representem reais cancelamentos. Assim é que ao regulamentar a devolução e retorno de cargas, o art. 636, RICMS BA, indica que no retorno de carga por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário, o conhecimento de transporte originário poderá servir para acobertar a prestação de retorno ao remetente e a mercadoria retornará acobertada pela nota fiscal originária.

Claramente, cumpre ao autuado observar as orientações que comprovem o desfazimento das suas operações mercantis com a apresentação das chamadas “provas inequívocas”, sobretudo, pela falta de emissão da nota fiscal de entrada, ao invés de simplesmente proceder ao cancelamento da nota fiscal de saída. Na eventual impossibilidade da apresentação da primeira via da nota fiscal cancelada, haveria de acostar justificativas, em obediência ao que estabelece a legislação tributária.

Entendo que a mera escrituração das operações de cancelamento, nos livros fiscais e mesmo o lançamento de tais registros nos arquivos magnéticos são insuficientes para elidir a acusação fiscal da falta de recolhimento de ICMS. Ao decidir agir em desconformidade com o previsto na legislação, o autuado assumiu o ônus de seu procedimento irregular e caracterizou a exigência.

Posto isso, resta subsistente a infração 7, no valor de R\$170.838,31.

Após todas as considerações e análises procedidas no presente auto de infração, as exigências tributárias nele constantes, restam resolvidas na forma a seguir:

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA	RESULTADO
1	1.188.988,08	60%	PROCEDENTE
2	47.960,34	60%	RECONHECIDA
3	1.839.468,12	60%	PROCEDENTE
4	1.342.634,34	60%	PROCEDENTE
5	358.288,41	60%	PROCEDENTE

6	195.055,50	60%	PROCEDENTE PARTE
7	170.838,31	60%	PROCEDENTE
TOTAL	5.143.238,10		

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271330.0001/09-3**, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto do imposto no valor de **R\$5.143.238,10**, acrescido de multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR