

PROCESSO - A. I. Nº 299904.0002/07-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A.
RECORRIDOS - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0099-03/11
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 06/12/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0356-11/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. **a.1** SAÍDAS DE GLP. É devido o estorno de crédito proporcional à saída com redução da base de cálculo, por força da norma constante da legislação. As operações contempladas com benefício da redução de base de cálculo são equiparadas a isenção parcial e cabível a exigência do estorno de crédito. Infração 9 subsistente. **a.2** ATIVO IMOBILIZADO. Planilha de cálculos elaboradas pela fiscalização demonstram estorno de crédito dos insumos utilizados na produção de GLP proporcional ao faturamento deste produto com porcentual de redução da base de cálculo, não obedece ao previsto na legislação que estabelece que o valor do crédito a ser apropriado é de 1/48 avos sobre a relação entre as saídas tributadas e as saídas totais. Infração 15 nula. 2. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovada à internação das mercadorias relativo a uma nota fiscal. Mantida a Decisão. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Diligência realizada na primeira instância, fez exclusão dos valores de documentos fiscais regularmente escriturados e converteu a multa de 10% para 1% sobre o valor comercial das mercadorias não sujeitas a tributação. Não acolhido o pedido de redução da multa, tendo em vista que a conduta adotada da não escrituração dos documentos fiscais pode implicar em falta de recolhimento do imposto. Mantida a Decisão. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de mérito (decadência). Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria quanto à infração 9 e unânime quanto às demais infrações.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida no Acórdão nº 099-03/11 (fls. 1672/1693), por ter desonerado a totalidade do valor exigido na infração 4, e valores em partes das infrações 10, 11 e 13 consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo às infrações, 4, 5, 6, 7, 9, 12, 15 e 18 julgadas

procedentes e 10, 11 e 13, julgadas procedentes em parte, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 03/12/07, acusa cometimento de dezoito infrações, totalizando valor de exigido de R\$5.643.404,76 de ICMS, acrescido das multas de 60%, 100% e 150%, além de aplicar penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$5.093.462,75. As infrações objeto dos Recursos indicam:

INFRAÇÃO 4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a documento fiscal falso, ou inidôneo, referente ao transportador Flumar Transportes de Químicos e Gases Ltda, inabilitado desde 01/06/03, conforme Anexo D – R\$68.644,42. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 5. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento (2002 e 2003), conforme Anexo E - R\$17.264,49. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 6. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento (2002 e 2003), conforme Anexo F - R\$84.303,31. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 7. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (2002 e 2003), conforme Anexo G - R\$70.977,66. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 9. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Saídas de GLP (2002 e 2003), conforme Anexo I - R\$1.812.751,98. Multa 60%.

INFRAÇÃO 10. Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA (abril e agosto/02), conforme Anexo J - R\$13.693,43. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 11. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente às notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT (2002 e 2003), conforme Anexo K. Aplicado multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias - R\$176.665,41.

INFRAÇÃO 12. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, referente às notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT (2002 e 2003), conforme Anexo L. Aplicado multa de 1% do valor das mercadorias - R\$11.044,15.

INFRAÇÃO 13. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme circularização efetuada (2002 e 2003), conforme Anexo M. Multa de 10% do valor das mercadorias - R\$4.664.850,50.

INFRAÇÃO 15. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Créditos de ativo imobilizado, 1/48, no período de janeiro de 2002 a outubro de 2007, conforme Anexo N - R\$19.394,22. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 18. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, de acordo com o registro fiscal de fornecedores (arquivo SINTEGRA), nos meses de janeiro a dezembro de 2002, conforme Anexo P. Multa de 1% do valor das mercadorias totalizando R\$240.902,69.

Na Decisão proferida pela 3ª JJF, inicialmente afastou a preliminar de decadência suscitada pela empresa por entender que se aplica a situação presente o disposto no art. 173, I do CTN e que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não acatando à alegação de aplicação do disposto no art. 150, § 4º do CTN. Também apreciou que o procedimento fiscal teve início a partir do Termo de Início de Fiscalização em 05/01/07 (fl. 25).

No mérito, ressaltou ter sido reconhecido as infrações 1, 2, 3, 8, 14, 17 considerandas procedentes, e reconhecimento de parte dos valores contido nas infrações 5, 6 e 7. Quanto às demais infrações apreciou que:

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

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

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

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

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

De acordo com as comprovações apresentadas pelo defendente, apesar da inidoneidade dos documentos fiscais, tendo sido comprovado por meio de diligência fiscal que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido, concluo pela insubsistência desta infração, com base no art. 97, inciso VII do RICMS/BA.

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

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

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

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

Infração 07: Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses

de janeiro, março, junho julho, novembro e dezembro de 2002; março de 2003, conforme Demonstrativo Anexo G (fls. 192 a 207).

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

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

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

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

No levantamento fiscal, os autuantes apuraram as diferenças de imposto por meio do confronto entre os valores do ICMS a recolher e o recolhimento efetuado pelo contribuinte, dados que foram confirmados nos demonstrativos de fls.1627/1628. Foi apurado que, efetivamente, houve recolhimento a mais no montante de R\$6.148,08, no mês 02/2002, conforme alegado pelo defendente, que apresentou o entendimento de que os autuantes deduziram o mencionado valor do imposto constante no presente lançamento. Entretanto, no demonstrativo de débito se constata que não houve qualquer dedução, o que também não consta na revisão efetuada pelos autuantes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto às operações efetuadas com redução da base de cálculo, o art. 100, inciso II do RICMS/BA, estabelece que “O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução”

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

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

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

localizar, nem obter junto à empresa destinatária, a documentação comprobatória do internamento na SUFRAMA, das mercadorias remetidas.

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

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

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

Infrações 11, 12, 13 e 18:

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

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

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

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

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

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

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

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

O impugnante salienta que o CONSEF vem proferindo decisões pelo cancelamento de multas, conforme exemplo que citou, transcrevendo a ementa, e que, restando ultrapassado esse argumento anterior, os itens 11 e 13 da autuação devem ter substancial redução do valor que está sendo exigido, uma vez que a fiscalização considerou,

equivocadamente, operações de entrada não tributáveis como se assim fossem, ou seja, operações não tributadas foram capituladas pela fiscalização como tributáveis. Diz que analisando o Anexo M (item 13) constatou que a quase totalidade das notas fiscais nele consignadas foram emitidas pela empresa Terminal Químico de Aratu S/A – TEQUIMAR, Vopak Brasil S/A e Tegal Terminal de Gases Ltda., empresas que, conforme se constata nos respectivos comprovantes de inscrição e de situação cadastral, são Armazéns Gerais. Comenta sobre as operações de remessa e retorno de mercadorias de armazéns gerais, citando os arts. 6º, VI, 668, a 670, parágrafo 2º do RICMS/BA, e diz que o legislador estadual excluiu da hipótese de incidência do ICMS a remessa para armazéns gerais e o retorno ao estabelecimento depositante.

Em relação ao item 11 da autuação fiscal, o defendente diz que analisando o Anexo K, constatou que diversas notas fiscais nele consignadas se referem a operações de entrada de mercadorias não tributadas, pelos mais diversos motivos. Em seguida, o defendente passa a contestar a exigência do imposto neste item da autuação, agrupando as notas fiscais listadas pelo autuante, de acordo com a hipótese de não tributação. Assim, o defendente cita a hipótese de não incidência do ICMS prevista no RICMS/SP. Diz que a fiscalização cometeu equívoco ao considerar como tributáveis as operações consubstanciadas nas Notas Fiscais de números 216848, 7438, 7439, 3869, 1053, 604, 16524, 6475 e 7019; hipóteses previstas no RICMS/RS: Diz que analisando as NFs 67815,70988 e 70989, constatou que estas notas fiscais também não acobertaram operações comerciais sujeitas à tributação do imposto, conforme art. 55, I do RICMS/RS; hipótese prevista no RICMS/BA: No que tange às operações acobertadas pelas Notas Fiscais de números 51388, 53999, 54158 e 55641, assegura que em relação a tais operações não há incidência do ICMS, conforme dispõem os arts. 6º, inciso IV “c”; 668 e 670 do RICMS/BA. Portanto, quanto às infrações 11 e 13, caso não seja acolhido o cancelamento da multa, o defendente pede que seja reduzida ao percentual de 1% nos termos do inciso XI do art. 42 da Lei 7.014/96.

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

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

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

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

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

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

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

O defendente não apresentou contestação, exceto em relação à decadência, considerando que os valores exigidos têm como datas de ocorrência 31/03/2002, 31/08/2002 e 30/11/2002. Portanto, neste item, o autuado não contestou os dados numéricos nem o mérito da autuação, haja vista que apresentou alegações somente quanto à decadência, considerando que os fatos geradores do imposto exigido se referem ao exercício de 2002. Esta alegação já foi apreciada neste voto como preliminar, ficando rejeitado o pedido de decadência porque não houve o decurso do prazo decadencial. Infração subsistente.

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

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

VOTO DIVERGENTE – ITENS 9º e 15 (JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE)

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

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

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

A finalidade de tal previsão regulamentar é no sentido de evitar acúmulo indevido de créditos fiscais. Por conseguinte, considerando-se que as saídas dos produtos resultantes da industrialização ocorrem com bases de cálculo que, em conjunto, são superiores à base de cálculo da entrada dos insumos, obviamente não haverá acumulação de créditos.

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

A JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF (art. 169, I, “a” do RPAF/99).

A empresa interpôs Recurso voluntário (fls. 1714/1732). Inicialmente tece comentário sobre a autuação, apresentação de argumentos na defesa, reconhecimento de parte das infrações, informação fiscal, diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, manifestação sobre o resultado da diligência, realização de uma segunda diligência.

Em seguida, sintetiza a Decisão proferida pela 3ª JF e reapresenta o argumento de preliminar de mérito quanto a decadência do crédito tributário, relativo aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/02 a 30/11/07, com fundamento no 150, § 4º c/c o art. 156, VII do CTN.

Ressalta que a Lei 3.956/1981 (COTEB), afronta à CF 88 ao dispor sobre matéria reservada exclusivamente à lei complementar, com vistas a modificar, indevidamente, o termo inicial do prazo decadencial fixado pelo CTN, situação que já foi apreciada pelo STF, consolidado na Súmula Vinculante 8, que considerou inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Dec.-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Quanto às infrações 9 e 15 da autuação, relaça que na defesa alegou falta de base legal na exigência de estorno proporcional de crédito fiscal decorrente da entrada de insumo (infração 9) ou de bens do ativo permanente na razão de 1/48 (infração 15) relativo a saída de GLP (art. 100, II do RICMS/97).

Resume os fundamentos da Decisão na manutenção da exigência do estorno (i) amparo na LC 87/96, Lei 7.014/96 e CF 88 (art. 155, §2º, II, “a” e “b”); (ii) estorno do crédito fiscal proporcional a saídas com REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO (RBC) (art. 100, II do RICMS/97) e (iii) obrigatoriedade de promover o estorno.

Argumenta que a sua planta industrial produz eteno, propeno, compostos aromáticos e também o GLP, como consequência natural e involuntária do seu processo produtivo.

Transcreve o art. 100, II do RICMS/BA afirma que o estorno do crédito fiscal alcança as “mercadorias” próprias que tiverem saídas com RBC (revenda), e não se aplica às entradas de insumos utilizados no processo industrial, nem de bens de ativo empregados no processo produtivo.

Manifesta que não existe na legislação qualquer dispositivo que exija o estorno de créditos apropriados quando da aquisição de bens ou mercadorias que, depois de submetidos a processo de produção, gerem novos produtos, cuja venda subsequente seja feita com RBC.

Ressalta que o art. 100, III do citado Regulamento prevê estorno de crédito decorrente de aquisições de mercadorias objeto de integração, consumo ou emprego em processo de industrialização quando a operação subsequente com o produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto (art. 155, §2º, II, da CF 88, LC 87/96 e na Lei Estadual 7.014/96).

Em seguida transcreve texto de doutrinadores acerca da incidência do ICMS, direito ao crédito do imposto, para fins de abatimento com os débitos correspondentes, efeito cascata, isenção ou não incidência, princípio da não cumulatividade, impossibilidade de alargar o campo de vedações ao direito de creditamento. Conclui que ao adquirir matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem, bem como ao tomar serviços de transporte, faz jus aos créditos decorrentes de tais operações e prestações, consoante determina a Constituição Federal.

Destaca que com base na LC nº 24/75, foi celebrado o Convênio ICMS 112/89, prorrogado pelo Convênio 124/93 objetivando a redução da carga tributária de GLP (Cl. 1ª) de tal forma que a incidência do imposto resulte no percentual de 12% (art. 81, I do RICMS/97) não há qualquer previsão de exclusão dos créditos fiscais apropriados na operação de alienação do GLP que tenha sofrido a RBC.

Conclui que diante da intenção do governo do Estado em subscrever o mencionado Convênio, qualquer interpretação das normas jurídicas (gramatical, lógico-sistemático ou teleológico ou finalístico), não há como exigir o estorno de crédito pretendido pelo Fisco.

Ressalta que o sítio eletrônico da SEFAZ (DITRI), tornou público que a RBC em 29,4117% nas saídas de GLP, tem como finalidade resultar numa carga tributária efetiva de 12%, para desestimular a aquisição do produto fora do Estado, tendo a exigência fiscal ido totalmente de encontro ao objetivo colimado pelo Poder Executivo e à previsão do artigo 81 do RICMS/BA, posto que tal medida implica em nítida oneração da cadeia produtiva do GLP e descumprimento

da exigência de que a carga tributária nas operações internas com este produto seja de doze por cento.

Ressalta que o RICMS/SP no art. 8, §Único prevê que *“Não se exigirá o estorno proporcional do crédito do imposto relativo às mercadorias beneficiadas com a redução de base de cálculo prevista neste artigo e da mesma forma, o art. 35, XI do RICMS/RGS prevendo que: Não se estornam créditos fiscais relativos”* às entradas, a partir de 1º/01/98, que corresponderem a saídas destinadas a outras unidades da Federação de petróleo, lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivadas.

Apresenta quadros comparativos às fls. 1746 e 1747, no qual procura demonstrar a total inviabilidade do posicionamento fiscal, a exemplos de operação com e sem estorno proporcional do crédito o que implica em carga tributária de 12% e 14,50% do valor da operação praticada.

Argumenta que na eventualidade remota hipótese do não acatamento das alegações expostas (aplicabilidade do art. 100, II, do RICMS/BA) registrar que a sua cadeia de produção na 1ª etapa faz o craqueamento da Nafta (matéria-prima) para a produção do eteno e do propeno e na 2ª etapa, transforma eteno e propeno em resinas (polimerização), que servem de insumos para as empresas transformadoras de plásticos fabricarem uma infinidade de produtos.

Destaca que na 1ª etapa do processo produtivo a matéria-prima, sofre reações químicas de decomposição de hidrocarbonetos originando o eteno, propeno, butadieno, benzeno e o tolueno, ao purificar o propeno, ocorreu a junção do propano e do propeno surgindo o GLP (C₃) e na segunda etapa as reações químicas catalíticas (com uso de catalisadores), através da mistura de butanos e butenos, resulta também em GLP (C₄).

Conclui que a produção de GLP é involuntária, trata se de um sub-produto, que é utilizado na sua planta industrial, como combustível e também comercializado parte dele cujas vendas são insignificantes em relação ao seu faturamento global, oscilando entre 0,24% a 1,18% (fls. 1751/1752).

Transcreve textos de doutrinadores acerca do que caracteriza um sub-produto e decisões do Conselho de Contribuintes pertinentes a busca da verdade material, para reforçar seu entendimento de que (i) o dispositivo legal apontado como infringido não tem relação causal com o fato concreto; (ii) inexistente na legislação dispositivo que exija estorno de créditos apropriados (bens ou mercadorias submetidos a processo de produção) com saída posterior contemplada com RBC; (iii) estorno de créditos pretendido implica em ofensa ao objetivo perseguido no Convênio 112/89 e que (iv) o GLP é um sub-produto do processo produtivo que, “não tem qualquer custo de entrada de insumos”, muito menos de ativo imobilizado, já que as aquisições são feitas para emprego na produção dos principais produtos fabricados pelo recorrente, cujas saídas não ocorrem com redução de base de cálculo.

No tocante à infração 10, que exige o ICMS relativo a não com comprovação de internamento de mercadoria na SUFRAMA, ressalta que diligência realizada pela ASTEC, comprovou a regularidade relativo à nota fiscal 214.189 (complementação de preço), tendo sido excluído o valor de R\$4.986,13.

Quanto à nota fiscal 192.268, argumenta que não identificou os documentos para comprovar a internação na SUFRAMA, mas tem certeza que não violou a legislação tributária, e continua empreendendo esforços na buscas em seus arquivos, para localizar os documentos e/ou esclarecimentos, protestando desde já pela juntada posterior de razões complementares.

Com relação às infrações 11, 12 13 e 18, que tratam de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias (10% e 1% - entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita e não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal), ressalta que foi objeto de diligência fiscal, na qual foi feito o anexo K (infração 11), reduzindo o débito de R\$176.665,41 para R\$ 109.444,79; à infração 13, foi feito o anexo M, substituindo a multa de 10%, pela multa de 1%; o que reduziu o débito de R\$ 3.120.977,78 para R\$ 615.776,84.

Pondera que, em que pese os ajustes realizados, a despeito dos equívocos cometidos, não pode ser mantida as multas, sem considerar as circunstâncias do cometimento das infrações, sob pena de desnortear o propósito da sua aplicação, punindo o infrator na exata medida da sua culpabilidade.

Transcreve texto de doutrinadores acerca da proporcionalidade e grau de culpabilidade do agente, como forma de desestimular o ilícito e punir o infrator, sem consistir numa apropriação do patrimônio do contribuinte, sob pena de violar o princípio da razoabilidade.

Ressalta que essa dosimetria prevista no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, requer que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude, simulação e não implique em falta de recolhimento do imposto.

Esclarece que ao longo dos anos de 2002 e 2003, a COPENE S/A, passou por alterações, passando a denominar-se BRASKEM S/A, alterando a composição societária e quadro de pessoal o que provocou descumprimento de deveres instrumentais, a exemplo de extravio de documentos fiscais que deixaram de ser escrituradas nos respectivos livros fiscais.

Reafirma que não causou prejuízo ao Erário, resultando tal procedimento em prejuízo próprio pelo não aproveitamento dos créditos fiscais do ICMS. Transcreve decisões proferidas pelo CONSEF que acataram o pedido de redução ou cancelamento de multa; Decisão do STF afastando a aplicação de multas com efeitos confiscatórios em ofensa ao princípio da proporcionalidade, na situação presente, mesmo após os ajustes efetuados, atinge o expressivo valor de R\$ 977.000,00. Requer o cancelamento ou redução das multas aplicadas.

Argumenta ainda, que o lançamento não pode ser mantido, por estar embasado em informações coletadas nos seus fornecedores através dos arquivos SINTEGRA ou nas notas fiscais arrecadadas no sistema CFAMT, confrontado com os dados dos arquivos SINTEGRA entregues pelo recorrente.

Entende que se trata de indícios de irregularidades, podem estar maculados de erros em seu preenchimento, que invalidem as informações deles extraídas, cuja busca da verdade material deve ser perquirida, para não causar prejuízo injusto ao contribuinte, ou enriquecimento ilícito do Erário.

Transcreve texto de doutrinadores acerca da verdade material e decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, Paraná (Acórdão 1778/2003) e Conselho Estadual de Contribuintes de Santa Catarina, (1ª Câmara, Decisão 01/07/2002, ressaltando que compete ao Fisco exaurir todos os meios de prova capazes de respaldar a ocorrência da infração que imputa ao sujeito passivo.

Entende que não lhe cabe produzir provas negativas, o que ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa, albergado pelo art. 5º, LV da CF 88. Pugna que ao menos, os autos sejam baixados em diligência, para que fiscal estranho ao feito ateste as falhas que permeiam o levantamento original.

Por fim, requer acolhimento do Recurso Voluntário, com reforma parcial da Decisão ora combatida, e consumação da decadência relativo aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro/02, e improcedência das infrações 9, 10, 11, 12, 13, 15 e 18, nos termos do presente Recurso.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 1797/1809, inicialmente comenta as infrações, reconhecimento de parte delas, julgamento da Primeira Instância e teor do Recurso Voluntário interposto.

Quanto à preliminar de mérito de decadência, afirma que o disposto no art. 150, § 4º, do CTN deve ser interpretado de forma sistemática e na situação presente, em se tratando de lançamento por homologação, não houve antecipação do pagamento do tributo, [(ou o fez a menor que o devido (não pagou operações individualmente falando)], deslocando o linde decadencial para o art. 173, I e não o do 150, §4º do CTN. Refuta a tese decadencial invocada pelo recorrente.

Transcreve a ementa do Resp 63.529-2/PR e Resp 63.308-SP, do STJ, para reforçar o seu posicionamento de que “no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação (v.g., ICMS, IPI, IR, etc.), o prazo quinquenal de decadência (CTN, art. 173, I) somente se inicia no

primeiro dia do exercício seguinte àquele em que expirou o prazo para a homologação expressa, pelo Fisco”.

No mérito, quanto às infrações 9 e 15, sintetiza que o recursista alega que o estorno proporcional se aplica quando a mercadoria adquirida for objeto de saída subsequente com redução de base de cálculo e, que não se aplica ao caso, tendo em vista que é um subproduto da industrialização.

Discorre sobre o princípio constitucional da não cumulatividade (art. 155, § 2º, II, “a” da CF/88) ressaltando que *“não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes”* a isenção ou não incidência, o que remete o estorno para a operação subsequente, no circuito de circulação econômica do bem até o consumidor final.

Transcreve as ementas dos AI-AgR 449051/RS que decidiu *“pela impossibilidade da compensação dos créditos relativos à entrada de insumos realizada com redução da base de cálculo, dado que consubstancia isenção fiscal parcial”* e do AI-ED 497755/PR decidindo que *“não viola o princípio da não-cumulatividade a exigência de estorno do crédito do ICMS relativo à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo”*. E que, além disso, considerou que a referida redução corresponde à figura da isenção parcial, fazendo incidir a regra constante do art. 155, § 2º, II, b, da CF 88.

Discorre sobre o teor das isenções parciais e totais, surgindo o fato gerador, mas constituindo obrigação tributária com débito menor que o devido se não estabelecida a RBC.

Conclui que com base nas decisões do STF a RBC configura uma isenção parcial, motivo pelo qual não deve ser acolhida a tese recursal de não aplicação à aquisição de insumo utilizado na industrialização.

No que se refere à infração 10, entende que não deve ser acolhida a tese recursal, em razão da não apresentação das provas capazes de modificar a Decisão ora recorrida.

Conclui opinando pelo conhecimento e não provimento do Recurso voluntário.

Na assentada do julgamento no dia 05/11/13, o patrono do recorrente argumentou que a infração 15 grafada neste Auto de Infração é idêntica à infração 8 do Auto de Infração nº 269139.0001/08-5, a qual foi julgada improcedente pela 4ª JJF conforme Acórdão JJF Nº 0125-04/10. Ressaltou que o Recurso de ofício interposto pela 4ª JJF, relativo a esta infração não foi provido na Decisão proferida em segunda instância.

VOTO

Ressalto que as infrações 1, 2, 3, 8, 14, 17 foram reconhecidas pelo estabelecimento autuado no momento que apresentou a defesa inicial e não constituem objeto dos Recursos interpostos.

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício face à Decisão da primeira instância ter desonerado o valor total exigido na infração 4 e partes dos valores das infrações 10, 11 e 13.

Quanto à infração 4, que acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a CTAC (Aquaviário) emitidos pela Fulmar Transportes que estava inabilitado desde 01/06/03, a empresa alegou que parte dos CTACs foram emitidos antes da inabilitação e com relação aos emitidos em momento posterior, apurou e recolheu o ICMS-ST na condição de contribuinte substituto.

Na informação fiscal os autuantes acataram os CTACs juntados ao processo e emitidos antes de 01/06/03, o que reduziu o débito de R\$68.644,42 para R\$46.778,21 (fl. 894).

Na diligência fiscal realizada pela ASTEC, foram deduzidos os valores relativos aos CTACs 3252, 3253, 3255 e 3256 emitidos antes da inabilitação (fls. 999 a 1003) e também os de nºs 3265, 3266, 3267, 3268, 3269 e 3212 (fls. 994, 1004 a 1009), emitidos após a inabilitação da empresa (fl. 69 e 994).

Com relação aos demais CTACs 3265 (1435), 3266 (1436), 3267 (1437), 3268 (1438), 3269 (1439) e 3312 (1482), devidamente registrados no livro REM em 07/07/03 e 25/07/03 (fls. 1365, 1366 e 1520) a JJF decidiu que foi retido e recolhido o ICMS-ST (DAE de agosto/03 - R\$946.989,69) vinculadas às notas

fiscais que consignam operações tributadas (CFOPs 2352 e 1352) e não resta qualquer valor a recolher (fl. 993).

Pelo exposto, constato que na situação presente, parte do valor exigido a título de acusação de utilização de crédito fiscal foi comprovado que o transportador/emitente estava devidamente habilitado o que desconstitui parte da acusação. No tocante aos valores consignados nos CTACs emitidos após a inabilitação, o diligente confirmou que apesar da inidoneidade do documento fiscal, a operação de prestação de transporte existiu e está vinculada a operação com cláusula CIF e tributada, a exemplo do CTCR 1421 à fl. 999 vinculada à operação tributada de saída de mercadoria com destino a empresa localizada em município em outro Estado (Santos-SP).

Logo, tendo o estabelecimento autuado contratado a operação de transporte vinculada a operação tributada, entendo estar correta a Decisão proferida pela 3ª JJF em reconhecer o direito da utilização do crédito fiscal correspondente, visto que o ICMS-ST daquela operação foi devidamente recolhido aos cofres da Fazenda Pública e não causou qualquer prejuízo ao Erário. Mantida a Decisão quanto à improcedência da infração 4.

No tocante à infração 10, relativo à falta de recolhimento do ICMS devido relativo a não comprovação do internamento de produto destinado a Zona Franca de Manaus, a empresa alegou que a nota fiscal 214189 (fl. 1042) refere-se à complementação de preço decorrente de variação cambial entre o dólar faturado e o dólar médio das notas fiscais emitidas em jan/fev/03 e face ao não pagamento da duplicata correspondente (214189/01) foi registrado o estorno no Razão Geral.

Pelo exposto, restou comprovado que a nota fiscal não foi emitida para acobertar o transporte de mercadorias e sim de ajuste de preço de operação anterior, logo não dar suporte à exigência do ICMS. Entendo que só ficaria caracterizada a infração, caso não houvesse sido comprovado a internação das mercadorias relativo às notas fiscais emitidas (janeiro e fevereiro), fato que não ocorreu.

Portanto, correta a Decisão da 3ª JJF ao afastar a exigência do ICMS relativo à mencionada nota fiscal. Mantida a Decisão pela procedência parcial da infração 10, com valor devido de R\$4.986,13.

Quanto às infrações 11 e 13, verifico que se trata de aplicação de multa de 10% sobre o valor de aquisição de mercadorias sujeitas à tributação, que não foram registradas na escrita fiscal, conforme Anexos K e M (fls. 231 a 244 e 397/398).

A empresa alegou que, parte das notas fiscais se referem a operações de remessa e retorno de mercadorias para armazéns gerais (Tequimar, Vopal e Tegal), que não sofre incidência do ICMS, (arts. 6º, IV “c”; 668 e 670 do RICMS/97).

Em decorrência da diligência realizada pela ASTEC (fl. 1645), foram refeitos os demonstrativos originais das infrações 11 e 13, calculando a multa de 1% sobre as operações não tributáveis e de 10% para as demais operações, o que reduziu o débito da infração 11, de R\$176.665,41 para R\$109.444,79 e da infração 13, de R\$3.120.977,78 para R\$615.776,84 (fls. 1648/1649).

Pelo exposto, constato que as desonerações promovidas pela primeira instância, decorrem de erro material, por aplicar multa de 10% relativo a operações de retorno de armazenamento (dentro do Estado), que não são tributadas pelo imposto, implicando na conversão em multa de 1%, ficando mantida a multa de 10% relativo às operações tributadas, tudo conforme demonstrativos refeitos (fls. 397 e 500) pelo diligente às fls. 1648 e 1649.

Assim sendo, não merece qualquer reparo à Decisão ora recorrida com relação às infrações 11 e 13, julgadas procedentes em parte.

Por tudo que foi exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

No que se refere ao Recurso Voluntário, interposto, inicialmente cabe apreciar a preliminar de mérito de decadência do crédito tributário, relativo aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/02 a 30/11/02, com fundamento no 150, § 4º c/c o art. 156, VII do CTN.

Verifico que conforme apreciado na Decisão da primeira instância e no Parecer opinativo da PGE/PROFIS, em se tratando de lançamento por homologação, não havendo antecipação do

pagamento do tributo ou feito a menor que o devido (operações individuais), desloca a regra prevista no art. 150, §4º para o art. 173, I do CTN, iniciando a contagem do prazo no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que expirou o prazo para a homologação expressa, pelo Fisco.

Quanto ao argumento de que a Lei 3.956/1981 (COTEB), ao dispor sobre matéria reservada exclusivamente à lei complementar, é inconstitucional, o que já foi apreciada pelo STF, consolidado na Súmula Vinculante 8, que considerou inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Dec.-Lei 1.569/77 e os art. 45 e 46 da Lei 8.212/91.

Entendo que a referida Súmula não se aplica ao ICMS, por se tratar de pertinência à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias, não vinculando à Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, sobretudo diante da disposição expressa na lei ordinária estadual (Lei 3.956/81).

Quanto ao argumento de que a regra disposta na Lei 3.956/81 é inconstitucional, ressalto que, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Observo que este posicionamento tem sido prevalente nas decisões proferidas por este Conselho a exemplo dos Acórdãos CJF 0144-11/09 e CJF Nº 0141-11/12, em consonância com o entendimento manifestado pela PGE/PROFIS. Portanto, fica rejeitada a preliminar de mérito da decadência (infrações 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16 e 18).

O recorrente solicitou a realização de diligência fiscal com relação às infrações 11, 12 13 e 18, para que fiscal estranho ao feito ateste as falhas que permeiam o levantamento original.

Verifico que com relação às estas infrações, a 3ª JJF converteu o processo em diligência, na qual diante dos documentos fiscais apresentados, o diligente refez os demonstrativos originais contemplando as provas que lhe foram apresentada, inclusive convertendo multa de 10% em 1% em razão da comprovação de operações com mercadorias não sujeitas à tributação do ICMS.

Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

No tocante às mesmas infrações, o recorrente alegou que não lhe cabe produzir provas negativas, o que ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF 88) o que tudo indica conduzir a nulidade. Ao contrário do que foi afirmado, foram juntados ao processo cópias das notas fiscais (fls. 245 a 544) emitidas pelos fornecedores, destinadas ao estabelecimento do recorrente e que não foram escrituradas nos livros fiscais, o que possibilitou o exercício do direito de defesa.

No mérito, quanto às infrações 9 e 15, reativas a falta de estorno de crédito em decorrência de saída com redução de base de cálculo, o recorrente reapresentou os argumentos defensivos, em síntese que:

- a) O GLP produzido e comercializado com RBC é involuntário e constitui um sub-produto;
- b) O art. 100, II do RICMS/BA prevê estorno do crédito fiscal relativo a mercadorias que derem saídas com RBC e não se aplica às entradas de insumos industriais e bens de ativo;
- c) O art. 155, §2º, II, da CF 88 prevê estorno de crédito relativo à operação subsequente quando não for tributada ou isenta do ICMS;
- d) O Convênio ICMS 112/89 e 124/93 estabelecem redução da carga tributária de GLP de modo que equipare a 12% (art. 81, I do RICMS/97) e não há previsão de estorno de crédito.

Quanto ao primeiro argumento, verifico que embora o volume de produção e comercialização de GLP seja pouco relevante, representando menos de um por cento (1%) do faturamento mensal (fl. 212), o mesmo é comercializável e é composto de derivados do insumo utilizado no processo, cujos créditos fiscais tem pertinência com o débito gerado pela sua saída.

No tocante ao segundo argumento, constato que embora o caput art. 100, RICMS/97 estabeleça que deve ser estornado o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de “mercadorias”, cujas saídas subsequentes estejam contempladas com redução de base de cálculo (II), é ressalvado que não haverá a anulação quando houver “*disposições expressas de manutenção do crédito*”. Também, o inciso III, prevê o estorno quando a saída subsequente for empregada em processo de industrialização, produção. Logo, não fica restrita sua aplicação à revenda de mercadorias.

Relativamente ao argumento de que a anulação do crédito só deve ocorrer quando a operação subsequente não for tributada ou isenta do ICMS, verifico que conforme ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS, a saída da mercadoria contemplada com RBC se equipara a uma isenção parcial (no tocante a base de cálculo reduzida), conforme contida no AI-AgR 449051/RS que decidiu “*pela impossibilidade da compensação dos créditos relativos à entrada de insumos realizada com redução da base de cálculo, dado que consubstancia isenção fiscal parcial*”.

Também, a Decisão contida no AI-ED 497755/PR decidindo que “*não viola o princípio da não-cumulatividade a exigência de estorno do crédito do ICMS relativo à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo*”. E que, além disso, considerou que a referida redução corresponde à figura da isenção parcial, fazendo incidir a regra constante do art. 155, § 2º, II, b, da CF 88.

Quanto ao quarto argumento, verifico que o art. 100, II do RICMS/97 estabelece que não se exigirá o estorno do crédito fiscal, quando houver “*disposições expressas de manutenção do crédito*”, logo não pode ser acolhido o argumento de que não tendo o Convênio ICMS 112/89 previsto estorno de crédito, visto que já existia regra expressa quanto à manutenção do crédito fiscal.

Por tudo que foi exposto, considero correta a Decisão da 3ª JJF quanto à exigência do estorno de crédito fiscal proporcional a RBC, na saída de GLP, referente aos insumos adquiridos, cujo produto final (GLP) foi comercializado com o benefício fiscal de RBC. Infração 9 mantida.

Quanto à infração 15, na assentada do julgamento o recorrente ressaltou que esta mesma exigência foi feita na infração 8 do Auto de Infração nº 269139.0001/08-5, a qual foi julgada improcedente pela 4ª JJF conforme Acórdão JJF Nº 0125-04/10.

Como este argumento não foi apresentado na impugnação, nem no Recurso interposto contra a Decisão da 3ª JJF, poderia fundamentar a ocorrência de preclusão prevista no art. 123, §1º do RPAF/BA (alegar a matéria de uma só vez), uma vez que não depende de prova documental impossibilitada de apresentar, por motivo de força maior, fato ou direito superveniente e contraposição de fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos (§5º).

Entretanto, considerando que se trata de infração da mesma natureza contida em Auto de Infração lavrado contra a mesma empresa e que já foi apreciada em Decisão proferida por este Conselho, entendo ser pertinente fazer uma análise dos argumentos ora apresentados.

Observe que esta infração (15) e a infração 8 do mencionado AI acusam falta de estorno de crédito fiscal proporcional das aquisições de bens do ativo imobilizado, relativo às saídas de GLP contempladas com redução de base de cálculo (RBC de $0,294017\% = 12\%$).

Conforme conteúdo do voto do Acórdão JJF 0125-04/10 (AI anterior), os autuantes consolidaram por mês os valores de “Crédito ICMS s/ativo” e “Valor relativo ao crédito de diferencial de alíquota s/imobilizado”, que foram transportados para o livro RAICMS e multiplicaram pelo percentual mensal de saídas de GLP o que resultou no valor do crédito (que seria de direito/ativo imobilizado) e aplicou o percentual de 0,294017% relativo ao benefício da redução da base de cálculo das saídas de GLP, para encontrar o valor do estorno de crédito exigido.

Naquela Decisão (JJF 0125-04/10) foi fundamentado que é correto considerar a redução da base de cálculo das saídas do produto GLP, na apuração do percentual para mensurar o montante do crédito fiscal a ser apropriado em 48 parcelas relativo à aquisição de bens do ativo imobilizado. Porém conclui-se que o critério utilizado não obedecia ao disposto no art. 93, §17º do RICMS/97 o que descaracterizou a infração (improcedente).

Na situação presente (infração 15), cuja acusação é a mesma, o Anexo N (fl. 588) indica a exemplo do mês de janeiro/02, “créditos R\$1.013.807,58 x % GLP 0,00876 = Cred. Prop. R\$8.880,95, Est. RBC R\$2.612,04 e Parcela 1/48 = R\$54,42”.

Tudo indica que o montante dos créditos deva ser o transportado no mês do livro CIAP que foi multiplicado pelo percentual de venda de GLP no mês, o que resultou no montante de crédito que a fiscalização entender ser o de direito e aplicou o percentual de 0,294017% para apontar o valor do estorno de crédito que deveria ser feito (R\$2.612,04 em 48 parcelas).

Esse critério também não está em conformidade com o disposto no art. 93, §17 do RICMS/97, que estabelece:

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

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

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

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

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

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

Considerando hipoteticamente que no mês exemplificativo (jan/02), a empresa tivesse faturamento com GLP no valor de R\$100,00 considerando apenas este evento, seria registrado vendas totais de R\$100,00 venda tributadas de R\$70,59 e isentas de R\$29,41 (RBC de 0,294017%). Aplicando a regra prevista no art. 93, §17 do RICMS/97, o percentual do crédito mensal relativo ativo imobilizado (CIAP) seria de 70,59% (70,59/100).

Ocorre que no momento que a fiscalização apurou a proporção das saídas de GLP, multiplicou pelo montante de crédito (supõe se oriundo do CIAP) e exige o estorno de crédito relativo à saída com RBC (0,294017%) implica em dupla exigência, ou seja, o percentual de redução já está contido no montante do crédito do ativo (saídas tributadas/total de saídas do período que inclui a RBC) e novamente no estorno de crédito utilizando o mesmo percentual de RBC relativo ao produto GLP.

Pelo exposto, concluo que o critério adotado na apuração da base de cálculo não obedece ao devido processo legal. Por isso, merece reforma da Decisão da 3ª JF, e nula a infração 15.

Quanto à infração 10, o recorrente afirma que diligência realizada pela ASTEC comprovou à regularidade relativo à nota fiscal 214.189 (complementação de preço de notas fiscais de remessa para a Zona Franca de Manaus), mas não identificou os documentos necessários para comprovar a internação na SUFRAMA das mercadorias consignadas na nota fiscal 192.268.

Pelo exposto, a empresa não comprovou a internação das mercadorias consignadas na nota fiscal 192.268, na SUFRAMA, durante a fiscalização, defesa, diligência, manifestação sobre a diligência e no presente Recurso. Logo, diante da ausência de provas quanto à internação da mercadoria na SUFRAMA, fica mantida a Decisão relativa à perda do benefício da isenção e procedência parcial da infração com valor devido de R\$4.986,13.

Com relação às infrações 11, 12, 13 e 18, que tratam de aplicação de multas em decorrência do não registro de entradas de mercadorias no estabelecimento (10% e 1%), o recorrente ressalta que o diligente fiscal refez os demonstrativos originais para corrigir equívocos, o que reduziu o débito.

Ressalto que no Recurso interposto não foi apresentado qualquer prova quanto à escrituração das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos remanescentes elaborado pelo diligente.

A empresa pondera apenas que devem ser consideradas as circunstâncias do cometimento das infrações e requer o cancelamento ou redução da multa nos termos do art. 42, § 7º da Lei 7.014/96.

Os argumentos apresentados para justificar o cancelamento ou redução da multa é de que com a reestruturação da COPENE S/A, passou a denominar-se BRASKEM S/A, alterou o quadro de pessoal o que provocou descumprimento de deveres instrumentais, a exemplo de extravio de documentos e não escrituração de livros fiscais, mas não causou prejuízo à Fazenda pública estadual.

Verifico que estes argumentos já foram apreciados na Decisão ora recorrida, fundamentando que:

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

Pelo exposto, ocorrendo aquisição de mercadorias e não escrituração dos documentos fiscais correspondentes, implica também, na não contabilização das receitas empregadas no pagamento das mercadorias adquiridas. Consequentemente, o descumprimento da obrigação acessória implica, também, na falta de recolhimento de tributo, motivo pelo qual não pode ser acolhido o pedido de cancelamento ou redução da multa, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/BA.

Fica mantida a Decisão pela procedência em parte das infrações 11 e 13, e procedência das infrações 12 e 18.

Dessa forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar NULA a infração 15 no valor de R\$19.394,22, remanescendo o débito no valor julgado em R\$5.546.658,82 para o imposto e, em relação à multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$977.168,47.

VOTO DIVERGENTE

Permito-me discordar do voto do Relator, quanto a infração 9, por entender indevido o estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias, em razão da saída do GLP ter ocorrido com redução de base de cálculo.

Primeiramente, ressalto que me filio ao entendimento que a redução de base ou de alíquota configura-se em isenção parcial. É assente nos Tribunais Superiores que o Fisco pode exigir estorno proporcional do crédito de ICMS quando há redução de base de cálculo do imposto na saída da mercadoria. Até porque, a redução de alíquota ou isenção determinar o estorno proporcional dos créditos de insumos é algo lógico e justo.

Ocorre que tal situação não se aplica ao procedimento adotado pelo Recorrente, pelas razões que exponho a seguir.

O ponto crucial para deslinde da questão é que não há insumos do GLP, nenhuma mercadoria foi comprada ou adquirida para produção do GLP, mas para outros produtos. Logo, se não houve aquisição de insumos não há onde estornar créditos.

Os insumos adquiridos foram para a produção das mercadorias eteno, propeno e compostos aromáticos, e estes produtos pretendidos com o processo industrial saem com alíquota cheia.

Não há divergência no fato que o GLP é produzido involuntariamente e neste contexto a venda destes produtos não podem acarretar em estorno créditos de insumos adquiridos para produzir outras mercadorias.

A meu ver a destinação do GLP é irrelevante, pois os insumos são adquiridos para produção de mercadorias que não tem redução de base de cálculo. Partindo dessa premissa percebo que se o Recorrente descartasse o GLP não haveria qualquer estorno a ser considerado, haja vista que, repito, se as mercadorias obtidas com o processo produtivo não tem isenção, os seus insumos também não terão.

Para dirimir qualquer dúvida e restar claro o posicionamento adotado neste voto, transcrevo o inciso II do art. 100 do RICMS que motivou o autuante a proceder o lançamento de ofício:

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

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

Interpretando o dispositivo acima verifica-se, mais uma vez, que o estorno do crédito fiscal relativo às entradas de mercadoria forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, o que restou patente não ter ocorrido no caso em comento.

Pelo exposto, acompanho o voto divergente de primeira instância, proferido pelo Julgador José Bizerra Lima Irmão no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário, para que seja julgada improcedente a infração 9.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299904.0002/07-9**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.546.658,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.475.681,17 e 150% sobre R\$70.977,66, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f”; VII “a” e “b” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$977.168,46**, prevista no art. 42, incisos IX e XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR - (Quanto à infração 9): Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE - (Quanto à infração 9): Conselheiros(as): Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Edmundo José Bustani Neto.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – VOTO
DISCORDANTE (Quanto à infração 9)

ROSANA JEZLER – REPR. DA PGE/PROFIS