

A. I. Nº - 271330.0005/12-9
AUTUADO - BRASKEM S.A.
AUTUANTE - JORGE VICTOR GRAVE e MARCO AURÉLIO PAUL CRUZ
ORIGEM - SAT / COPEC
INTERNET - 23/05/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-03/13

EMENTA: ICMS. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. ICMS PAGO ESPONTANEAMENTE FORA DO PRAZO SEM OS ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS DEVIDOS. **a)** SALDOS DEVEDORES TRANSFERIDOS DAS FILIAIS INTEMPESTIVAMENTE. **b)** ESTORNO DE CRÉDITOS APROPRIADOS INTEMPESTIVAMENTE. Fatos demonstrados nos autos. Comprovado que por se tratar de acréscimos moratórios exigidos mediante lançamento de ofício, o cálculo deve ser apurado consoante determinação expressa do inciso II do art. 138-B do RICMS-BA/97, e não como consta no levantamento fiscal que aplicou o inciso I desse mesmo dispositivo regulamentar, que trata de intempestividade quando a obrigação principal e os acréscimos moratórios são reconhecidos e adimplidos mediante Denúncia Espontânea. Refeito o enquadramento de ofício e efetuada a adequação na apuração do débito resultou na redução do valor da exigência originalmente lançada. Infrações parcialmente subsistentes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2012, cuida do lançamento do crédito tributário correspondente à exigência do valor de R\$9.745.060,49, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 - falta de recolhimento dos acréscimos moratórios referente ao ICMS devido nos meses de abril, maio e junho, pago intempestivamente, porém espontâneo. Exigido o valor de R\$931.932,41, acrescido da multa de 60%.

Consta em complemento que “Lançou no mês de julho de 2001 os saldos devedores trazidos de outras filiais em função de Regime Especial aprovado pelo Parecer DITRI 18.870/2011, referente aos meses de abril, maio e junho do mesmo ano, sem inclusão dos acréscimos moratórios, conforme planilha BR 10 0001 - Apuração ICMS 2012.xls, tabela 2011 - TRANSFERÊNCIAS DE SALDO DEVEDOR fornecida pelo contribuinte anexada em meio magnético(CD). Memória de Cálculo no Anexo A-1 Acresc. Moratório sobre o saldo devedor Trazido de Outras Filiais.”;

02 - falta de recolhimento dos acréscimos moratórios referente ao ICMS, pago intempestivamente, porém espontâneo. Exigido o valor de R\$8.813.128,08, acrescido da multa de 60%.

Consta em complemento que “No mês de julho de 2011 efetuou estorno de créditos fiscais apropriados nos meses de abril, maio deste mesmo ano, sem incluir os acréscimos moratórios, conforme planilhas Outros créditos 2011.xls e Outros débitos 2011.xls anexadas em meio

magnético(CD). Memória de Cálculo no Anexo B-1 Acresc. Moratório sobre estorno de Crédito Fiscal de ICMS.”;

O autuado, por meio de advogado com procuração à fls. 71 e 72, ingressou tempestivamente com impugnação, fls.42 a 63, transcrevendo inicialmente a acusação fiscal e alinhando os argumentos a seguir resumidos.

Informa que em seu processo produtivo utiliza a Nafta como um dos seus principais insumos e que por conta das operações realizadas com esse produto, principalmente as operações de importação, passou a acumular, sistematicamente, crédito de ICMS em montantes consideráveis. Acrescenta que diante da relação de parceria existente entre o Estado da Bahia celebrou Termo de Acordo que passou a vigor em novembro de 2011, por meio do qual o Estado da Bahia se comprometeu a reduzir a carga tributária das operações com Nafta e, posteriormente, diferir o ICMS devido quando da sua aquisição, em contrapartida, passaria a utilizar créditos fiscais acumulados de ICMS existentes na sua escrita fiscal para compensação do saldo devedor mensal em montante pré-determinado, passando a gerar débitos de ICMS, e também a investir no Estado da Bahia R\$650.000.000,00 de 2009 até 2013.

Observa que para o efetivo cumprimento do Termo de Acordo, verificou-se a necessidade de apuração centralizada do ICMS pela pessoa jurídica, questão amplamente discutida com a GEINC. Destaca que com esse propósito em ago/2011 foi deferido Regime Especial de Apuração Centralizada, chancelado pelo Parecer nº 18870/2011, fls. 78 e 79. Prossegue ressaltando que o regime especial em comento foi deferido com efeitos retroativos à data em que passou a vigorar o diferimento do ICMS das operações com Nafta, ou seja, a partir de abr/2011, contemplando todos os créditos acumulados até aquela data. Arremata esclarecendo que por conta do caráter retroativo do Regime Especial para apuração centralizada, após prévio alinhamento com a SEFAZ/BA, através da GEINC, promoveu os devidos ajustes na apuração de jul/11, passando então a gerar débitos de ICMS mensalmente.

Em relação à infração 01, frisa que o Regime Especial para apuração centralizada foi deferido apenas em ago/11, com efeitos retroativos à abr/11, por conta do Termo de Acordo celebrado com o Estado, para aduzir que à época da apuração dos débitos pelas filiais, ainda não havia regras claras quanto à execução da apuração centralizada, sendo a questão corrigida a partir de jul/11, após prévio alinhamento com a SEFAZ/BA. Menciona que por conta dessa dificuldade, recolheu a mais ICMS nos meses de abr/11 e mai/11, respectivamente, nos valores de R\$33.352.133,99 e R\$8.413.394,44, à época, suficiente para cobertura dos débitos de ICMS supostamente em atraso. Pontifica afirmando que, se por um lado os débitos das filiais apontados como em atraso somavam R\$10.237.571,56, os créditos das filiais representavam o valor de R\$52.390.644,26, portanto, suficiente para cobertura dos débitos questionados pela fiscalização.

Ressalta que não há mora, e que por imperativo lógico, não há acréscimos moratórios a serem recolhidos. Segue aduzindo que, mesmo se desconsiderado os créditos nos meses de abr/11, mai/11 e jun/11 (tanto da matriz como das filiais), houve recolhimento do ICMS no mês de jul/11 no montante de R\$ 129.798.131,00, enquanto o saldo devedor foi de apenas R\$ 67.350.064,82, fls. 81 a 93.

Adicionalmente, pugna pela ilegitimidade passiva do Auto de Infração por entender que não deve figura no polo passivo da obrigação tributária atinente aos acréscimos moratórios, por se tratar de débito apurado e devido pelas filiais. Assevera que por isso a autuação deveria ter sido exigida contras as respectivas filiais, tornando nulo o lançamento.

Quanto à infração 02, pondera repisando o argumento de que à época dos fatos geradores ainda não havia regras claras quanto à execução da apuração centralizada, sendo a questão corrigida a partir de jul/11, após prévio alinhamento com a SEFAZ/BA. Frisa que, por isso valem os mesmos argumentos já abordados na infração 01.

Informa que as transferências de crédito para as filiais se deram, exclusivamente, para que houvesse débito de ICMS a recolher em jul/11, conforme prévio alinhamento com a SEFAZ/BA, no âmbito do Termo de Acordo celebrado. Acrescenta que não há que se falar em acréscimos moratórios, pois houve recolhimento do ICMS no mês de jul/11 no montante de R\$129.798.131,00, enquanto o saldo devedor foi de apenas R\$67.350.064,82, suficiente, à época, para fazer face aos supostos acréscimos.

Frisa a inadequação da capitulação legal invocada, tendo em vista que o art. 138, I, RICMS-BA/97, aplica-se, apenas, aos fatos ocorridos até 31 de dezembro de 2000. Prossegue destacando que é nulo o lançamento pela ausência de norma vigente à época dos fatos geradores, já que tanto o art. 138, I, como o art. 138-A (revogado em 18/09/2007 pelo Decreto nº 10.459) do RICMS-BA/97, indicados no Auto de Infração, não se aplicam ao caso.

Afirma que o instituto da denúncia espontânea, conforme dispõe o art. 138-B do RICMS-BA/97, se aplica apenas na apuração de débitos, sendo inaplicáveis à hipótese fática da Infração 02.

Observa que no presente caso, a fiscalização exigiu na infração 01 os acréscimos moratórios pelo débito supostamente lançado em atraso e na ora impugnada infração 02 os acréscimos moratórios sobre o “crédito” supostamente estornado.

Reafirma que não houve estorno na espécie, e sim uma realocação dos créditos para cumprimento do Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia, mas ainda que houvesse, o estorno referir-se-ia a créditos escriturais, os quais não são passíveis de atualização. Afirma que somente poderia ser exigida atualização pelo estorno se também fosse possível corrigir saldo de crédito de ICMS apurado e não apropriado em exercícios anteriores.

Relata que a denúncia espontânea refere-se ao pagamento de tributos, de modo que o estorno de créditos não se subsume aos seus regramentos, especialmente em se tratando de créditos escriturais, não sujeitos a atualização.

Assevera que a capitulação legal é inaplicável aos fatos descritos no lançamento, tendo em vista que, caso houvesse alguma norma a ser aplicada na espécie, seria o art. 138-B, II, do RICMS-BA/97.

Por fim, arremata sua refutação da infração 02 destacando que, se por hipótese, fosse mantido o lançamento, seria aplicável apenas a Taxa Selic como critério de acréscimos moratórios, sendo incabível a sua cumulação com quaisquer outros critérios/juros, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

No que diz respeito à aplicação da taxa SELIC, ressalta que nas duas infrações, houve aplicação dessa taxa cumulada com acréscimos moratórios.

Afirma que o STF se manifestou pela impossibilidade dos índices de atualização estadual superarem aqueles fixados pelo Governo Federal no julgamento da ADI nº 442, frisando que naquela ocasião, o então ministro Eros Grau, confirmou a impossibilidade de um Estado Membro estipular taxa de juros superior à fixada pela União Federal, destacando que a taxa adotada pelo ente federativo poderia, apenas, ser inferior ou igual à taxa Selic.

Observa que a taxa Selic já carrega em si a cumulação de juros e atualização monetária, razão pela qual a sua cumulação com juros ou outro critério de atualização não é possível.

Requer, se por hipótese não for determinado o cancelamento integral da autuação, que os acréscimos moratórios se restrinjam à aplicação da Taxa Selic.

Ao cuidar de denúncia espontânea, registra que a situação descrita no Auto de Infração atrai a aplicação da regra do art. 138 do Código Tributário Nacional - CTN, cujo teor transcreve. Destaca que o procedimento adotado (pagamento do tributo devido acrescido de juros de mora e sem a incidência de multa de mora) encontra amparo na regra desse dispositivo legal, que faculta ao contribuinte em mora que a purgue, de modo a excluir as penalidades dela decorrentes. Frisa

tratar-se de uma hipótese legal de exclusão da penalidade, como também expressa o art. 45, §3º do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB.

Assinala firmando que não é devida multa, qualquer que seja a sua espécie ou natureza, sendo apenas exigido o valor correspondente ao principal do tributo e os juros de mora.

Colaciona ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ com o intuito de demonstrar o entendimento pacificado dessa corte de que resta afastada a imposição da multa moratória, ao ser procedida pelo contribuinte a denúncia espontânea de débito tributário em atraso, com o devido recolhimento do tributo, ainda que de forma parcelada. Acrescenta que esse entendimento também tem acolhimento na doutrina pátria e reproduz trecho de lições sobre essa matéria dos juristas Hugo de Brito Machado, Fábio Augusto Junqueira de Carvalho e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva.

Revela ainda que o próprio lançamento reconhece a existência da espontaneidade do contribuinte, sem a necessidade de qualquer interpelação da autoridade administrativa, de modo que deve ser excluída a penalidade exigida.

Diz que da análise do lançamento se depreende o nítido caráter punitivo da multa aplicada pela autoridade administrativa, pelo que deve também ser abrangida pela excludente de responsabilidade do instituto da denúncia espontânea.

Fundamenta a diferenciação entre multa punitiva e multa compensatória, trazendo a colação trecho sobre o tema da lavra do tributarista, Sacha Calmon Navarro Coelho.

Explana que a denúncia espontânea constitui-se em importante mecanismo de política tributária que não pode ser simplesmente ignorado por este Órgão, sob pena de se punir o contribuinte que confessa o ilícito tributário em tempo e de não se fazer valer a vontade do legislador complementar de anistiá-lo.

Reproduz o art. 138-B, inciso I, do RICMS-BA/97, para asseverar que sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios e Taxa Selic acumulada. Acrescenta que nesse mesmo sentido, é a orientação da DITRI acerca da inaplicabilidade de multas (punitivas ou moratórias), conforme o recente Parecer nº 16.651/2012, fl. 95.

Pondera que qualquer acréscimo legal que não esteja compreendido no dispositivo legal acima citado, configura-se como imposição de caráter punitivo, o que vai de encontro a toda construção doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação da denúncia espontânea.

Requer, caso seja ultrapassada toda argumentação supramencionada pela improcedência do lançamento, seja excluída a multa de 60% constante da autuação, nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional - CTN.

Aduz a necessidade de recomposição da escrita fiscal nos períodos em questão, tendo em vista o agravamento no presente caso diante da existência de pagamento a maior do ICMS em algumas competências, bem como pela existência de créditos que poderiam ter sido transferidos de outras filiais.

Diz ser cediço que, no âmbito do ICMS, o imposto devido é calculado mediante o confronto de débitos e créditos do contribuinte, segundo a sistemática de cálculo do imposto e de acordo com o princípio da não-cumulatividade.

Assevera que a cobrança dos acréscimos moratórios no presente caso jamais poderia ocorrer sem antes a Fiscalização proceder à recomposição de toda a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado, especialmente considerando que no período em questão teve valores pagos a maior ao Estado e acumulação de crédito fiscal. Acrescenta que a ausência de reconstituição da escrita fiscal para fins de quantificação do tributo devido, nos termos do art. 142 do CTN e 18 do RPAF-BA/99, afronta a sistemática de apuração do ICMS, jungida que está ao princípio constitucional da não-cumulatividade.

Afirma que a necessidade de recomposição da escrita fiscal aplica-se para todas as infrações em que há imputação de ICMS a pagar, ou alegação de utilização indevida de crédito. Arremata assegurando que não se tendo realizado a reconstituição da escrita fiscal, deve ser o Auto de Infração, também por este motivo, cancelado.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito.

Conclui requerendo a improcedência das infrações 01 e 02 e reiterando todos seus pleitos alinhados ao longo de sua defesa.

Os autuantes, ao procederem à informação fiscal, fls. 97 a 100, mantêm a ação fiscal sob o fundamento dos argumentos a seguir sintetizados.

Inicialmente frisam que o RPAF-BA/99 estabelece que após a ciência do lançamento de ofício o contribuinte autuado dispõe do prazo de até trinta dias para quitar ou impugnar o lançamento. Mencionam que no presente caso houve impugnação parcial do Auto de Infração, restando consumado o direito do autuado. Acrescentam que com a apresentação da defesa o autuado consumou um dos atos a que teria direito como resposta ao lançamento contra si efetivado. Citam que dessa forma ocorrera a preclusão consumativa em relação às notas fiscais ou documentos não discutidos ou não trazidos aos autos. Asseveram que, nestes termos, tem-se como produzidos os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF-BA/99.

Infração 01 - observam que em agosto de 2011 foi concedido ao autuado regime especial consoante Parecer nº 18870/2011 para apuração de ICMS centralizada, do autuado juntamente com suas filiais. Esclarecem que apesar de a concessão ter-se operado em agosto, seus efeitos retroagiram a abril de 2011, fl. 50.

Destacam que a de a ilegitimidade passiva alegada da defesa não produz efeito, fl. 53, uma vez que desde abril de 2011, por força da retroação do regime especial, o impugnante já era responsável pelos recolhimentos de suas filiais.

Afirmam que, apesar de aduzir que não ocorrera mora por recolhimento a menos, conforme o lançamento que aqui se discute, alegando que houve recolhimento a maior no mês de julho de 2011, o autuado omitiu na impugnação o fato de que o valor recolhido a maior foi estornado integralmente no mês de agosto de 2011, como se verifica na EFD deste mês, cujo espelho reproduz, fl. 98.

Ressaltam que o estorno fora realizado sem abater os acréscimos moratórios devidos, persistindo, desta forma, a mora, apesar da oportunidade do autuado de tê-la purgado neste segundo momento, se tivesse abatido o valor dos acréscimos moratórios do valor estornado, por recolhimento a mais.

Dizem que em relação à infração 02 o autuado repete os argumentos já articulados quando da impugnação da infração anterior, e que foram provados insubsistentes. Acrescentam que, ao sustentar que não efetuou estorno de crédito e sim “realocação dos créditos para cumprimento do Termo de Acordo...”, fl. 54, o autuado tenta transformar uma infração à legislação tributária em mera discussão semântica. Sustentam ser fato inquestionável que o autuado lançou em sua apuração, como “Outros Débitos” os valores que embasaram este lançamento”, fl. 91, assegurando que esta é a verdade material, comprovável pelos lançamentos do próprio autuado em sua escrita fiscal.

Frisam que a defesa questiona a diferença do tratamento dado pela legislação aos acréscimos moratórios incidentes nas dívidas de contribuinte, mas ausente quando da apuração de saldo credor. Revelam que, independentemente da justeza ou não da legislação, ao preposto fiscal cabe tão somente aplicar a norma, sem avaliar qualquer questão social nela embutida, pois que esta análise está fora do alcance de suas atribuições.

No tocante ao erro na capitulação legal, questionada no item 35 da defesa, sustentam que, mesmo que a capitulação legal estivesse errada, não significou óbice algum, haja vista que o autuado se defendeu plenamente trazendo aos autos argumentação e documentos que sustentam seus pleitos.

Ressaltam que, ao contrário do que o impugnante insinua, não existem erros na apuração do valor do débito, uma vez que apuraram o valor devido exatamente como questionado pelo autuado, fls. 55 a 60, ou seja, com base no art. 138-B, II do RICMS-BA/97. Arrematam frisando que fica evidenciado nos autos que a apuração foi efetuada exatamente como está sendo pleiteado pela defesa.

Ao cuidar do pedido do autuado, fl. 61, para que fosse efetuada uma recomposição da escrita fiscal, assevera que não é possível se refazer a escrita sem um valor definitivo, líquido e certo, da exação. Acrescenta que é sabido ser o Auto de Infração, quando de sua lavratura, apenas uma presunção, já que pode ser mantido, reduzido em sua exação ou mesmo anulado ou ainda ser julgado completamente improcedente. Arremata sustentando que é fácil perceber que este pleito só poderia ter sucesso após a decisão definitiva em esfera administrativa.

Informam que existe mais um obstáculo ao refazimento da escrita do autuado, eis que na mesma data em que foi lavrado este Auto de Infração os autuantes lavraram outros seis autos contra o autuado.

Observam que o refazimento da escrita implicaria em somar todos os Autos de Infração ainda não homologados ou não arquivados do atuado e confrontar com seu saldo credor no mês do lançamento. Acrescentam que a título de exercício, incluindo este Auto de Infração, o valor da soma dos demais autos de infração lavrados contra o autuado que enumera identificando os, fl. 99, totalizam o valor de R\$999.640.036,05, enquanto o saldo credor ficou em R\$234.141.248,81.

Esclarecem que mais vantajoso para a autuado é o pagamento do Auto de Infração no prazo de 30 dias, utilizando-se de seu saldo credor e com a exclusão legal da multa imposta.

Mencionam que o não refazimento de escrita não traz qualquer prejuízo ao autuado, que pode quitar seus débitos tributários abatendo de seu saldo credor o valor definitivamente constituído.

Afirmam que a discussão do mérito provou que as operações que motivaram o presente lançamento de ofício resultaram de procedimentos realizados pelo autuado que infringem a legislação tributária, operando-se o surgimento de crédito tributário em favor da Fazenda Pública, que ora se quantifica.

Concluem requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Em manifestação às fls. 106 a 110, o autuado reitera, *ipsis litteris*, todas as razões de defesa articuladas em sua impugnação.

Ressalta que o autuante, em sede de informação fiscal, reconhece equívoco na capitulação legal, tanto no Auto de Infração, como nos demonstrativos de apuração, atinentes aos art. 138, I, e 138-A do RICMS-BA/97, não mais vigentes por ocasião da ocorrência dos fatos geradores.

Reitera também o pedido para realização de diligência fiscal, ora especificando o propósito de verificação da existência de todos os créditos e débitos das filiais para fins de apuração centralizada e para correção dos cálculos para exclusão dos acréscimos moratórios equivalentes a 0,11% ao dia, limitados a 10%, insistindo que a capitulação correta para as das infrações seria o inciso II do art. 138-B do RICMS-BA/97.

Com o mesmo propósito de reiterar os argumentos defensivos aduzidos na impugnação o representante do autuado, fez chegar a cada um dos julgadores da 3ª JJF, memorial descritivo pormenorizado perfilando didaticamente todos os pontos e aspectos, por ele já invocados, para refutar a acusação fiscal.

VOTO

Inicialmente cabe refutar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado sob os fundamentos de ilegitimidade passiva, inadequação da capitulação legal e pela falta de refazimento da escrita fiscal.

No que diz respeito à alegação de que ocorrera ilegitimidade passiva pelo fato da acusação fiscal da totalização dos créditos e débitos centralizados no estabelecimento autuado serem originários de estabelecimentos distintos do autuado não pode prevalecer. Eis que, mesmo com o imperativo da autonomia de cada estabelecimento, o presente caso se reveste de característica peculiar com o advento da celebração com o Estado da Bahia do Termo de Acordo, em 23/11/09, nos termos do Dec. nº 11.807/07. Com a vigência do Termo de Acordo a empresa Braskem S.A., foi alcançada integralmente na sua constituição societária abrangendo os diversos estabelecimentos no Estado da Bahia, todos alcançados indistintamente com os benefícios acordados, ou seja, a redução da carga tributária nas operações interna com Nafta e o diferimento do ICMS, nas operações internas e nas importações com Nafta, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes da industrialização desse insumo. Nesses termos, não há que se falar em distinção entre os estabelecimentos quando se tratar de benefícios ou obrigações decorrentes da operacionalidade do acordo bilateral. Por essa tipicidade que reveste a apuração dos fatos centralizados no estabelecimento autuado, entendo que não deve prosperar a pretensão do sujeito passivo em macular de nulidade por ilegitimidade passiva o Auto de Infração.

Quanto à alegação de enquadramento legal equivocado atinente aos artigos 138, I, e 138-A do RICMS-BA/97 apontadas na autuação para os dois itens do Auto de Infração para o cálculo dos acréscimos moratórios, verifico que apesar do artigo utilizado pelo autuante para apuração do débito ter sido o inciso I do art. 138-B do RICMS-BA/97, conforme consta inequivocamente nos demonstrativos de apuração e de débito, fls. 06 e 07, o autuado compreendeu devidamente pela descrição dos fatos o que fora lhe imputado. Tanto é assim, que se defendeu plenamente, inclusive, contestando a aplicação do referido dispositivo regulamentar. O que ocorrera foi uma falha na transposição do enquadramento indicado nos demonstrativos para o campo “Enquadramento” do Auto de Infração. Ademais, o art. 19 do RPAF-BA/99, estatui claramente que erro na indicação do dispositivo legal, desde que, pela descrição os fatos, fique evidente o enquadramento legal não implica nulidade. Portanto, por não afetar a determinação com segurança das infrações considero ultrapassada essa preliminar de nulidade.

Em relação à alegação da falta de refazimento da escrita fiscal, também suscitada como motivador para nulidade, não deve prosperar essa pretensão do sujeito passivo, uma vez que a apuração da exigência atinente aos acréscimos moratórios afigura-se devidamente demonstrada nos autos e independe, a princípio, de qualquer refazimento da escrituração fiscal mesmo com a existência de créditos fiscais transferíveis de outras filiais. O refazimento da escrita fiscal somente é cabível, ao teor do inciso I do §6º do art. 319 do RICMS-BA/97, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos. Caso o autuado entenda que deve refazer sua escrita fiscal poderá requerer à autoridade fazendária de sua jurisdição demonstrando a impossibilidade de corrigir eventuais por meios de lançamentos corretivos. Logo, fica patente que o não refazimento da escrita fiscal não inquina de nulidade o Auto de Infração precipuamente por conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, nos termos do inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99.

Assim, considero ultrapassadas as questões ordem preliminar.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência para confirmar as alegações da existência de crédito acumulado, recolhimento a mais nos meses de abril, maio e julho de 2011, bem como de que a multa capitulada no art. 138-B, inciso I do RICMS-BA/97, se refere ao instituto da denúncia espontânea inaplicável especialmente em relação à infração 02 que tem como origem o estorno de crédito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados

aos autos, constato que inexistente qualquer dúvida em relação à situação superavitária de créditos fiscais do autuado, bem como dos recolhimentos a mais efetuados, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação e reiterado na manifestação e no memorial apresentados.

No mérito, o presente auto de infração trata de 02 irregularidades cometidas pelo autuado, ambas em decorrência da falta de recolhimento dos acréscimos moratórios por ter realizado o recolhimento do ICMS devido intempestivamente, porém espontâneo, consoante discriminação expressa no início do relatório.

Cabe de plano esclarecer que, embora o Regime Especial decorrente do Parecer DITRI nº 18870 de 29/08/2011, tenha estabelecido a apuração centralizada do ICMS pelo estabelecimento matriz da BRASKEM S.A. e os critérios de controle dos créditos acumulados a serem utilizados com base em Termo de Acordo celebrado com a SEFAZ, a partir de 31/03/2011, resta evidenciado de exame em seu teor, fls. 78 e 79, que inexistente qualquer benefício ou privilégio aplicável ao período pretérito ao Regime Especial. Ou seja, descabe a alegação por parte do autuado da inexistência de regras para a execução da apuração centralizada, mesmo porque a utilização dos créditos acumulados pela autuada, a partir de abril de 2011, já havia sido definida desde novembro de 2009 no Termo de Acordo celebrado. Nesses termos, o Regime Especial visa, tão-somente, padronizar e uniformizar os procedimentos, mediante a apuração centralizada do ICMS para simplificar a operacionalização, de forma transparente, da utilização dos créditos acumulados pela autuada, não exonerando o sujeito passivo de suas obrigações pretéritas. Tanto é assim que, explicitamente, a Cláusula Terceira do Regime Especial, fl.79, não dispensa o contribuinte do cumprimento das demais obrigações, principal e acessórias, previstas na legislação tributária estadual.

Em relação à infração 01, o sujeito passivo alegou que no período da autuação não havia regras claras para a realização da apuração centralizada e pugnou pela improcedência aduzindo a inexistência de mora, pelo fato de existir saldo credor nos meses apontados na acusação fiscal, e que mesmo desconsiderando esse aspecto, destacou que, no mês de julho/2011, recolhera o valor de R\$129.798.131,00, enquanto que o saldo credor apurado fora de apenas R\$67.350.064,82.

Constato que resta patente nos autos que o próprio autuado não contesta que realizou os lançamentos intempestivamente, no entanto, rechaçou a ocorrência de mora, sob a alegação da falta de regras antes da emissão do Parecer DITRI nº 18870/11, e pelo fato de existir saldo credor nos meses em que foram apuradas as irregularidades e por ter efetuado recolhimento a mais no mês de julho/2011. Ora, não há dúvida de que, consoante previsão do Termo de Acordo, ao se estipular o teto para utilização dos créditos fiscais acumulados na compensação do saldo devedor mensal, fl. 75, os lançamentos considerados intempestivos na autuação, deveriam ser realizados a partir de abril de 2011, nos prazos previstos para apuração mensal do imposto, e não foram. Ademais, como já expendido acima, nem o Regime Especial, nem o Termo de Acordo, manifestam em seu teor a possibilidade de permitir ao autuado transigir no que diz respeito aos prazos de apuração e recolhimento do imposto, matéria essa que é regrada estritamente pela legislação de regência do imposto.

Portanto, é indubitável o acerto da exigência dos acréscimos moratórios, uma vez que os débitos das filiais apurados nos meses de abril, maio e junho, embora espontaneamente e com os valores corretos, somente foram efetuados em julho de 2011.

Comprovada inequivocamente a intempestividade, constatada mediante ação fiscal que resultou no presente Auto de Infração, não vislumbro qualquer possibilidade de sua descaracterização, como aduziu, em sede de defesa, o autuado, pelo fato da existência de saldo credor no período de apuração, e muito menos, por ter sido efetuado recolhimento a mais no período fiscalizado. Estes eventos têm regramentos legais próprios e não se comunicam, com a inadimplência ora apurada, de forma direta. Isto é, recolhimento efetuado a mais cabe pedido de restituição que tem rito

específico. Já no que tange a comprovada existência de crédito fiscal, efetuado o lançamento de ofício, é possível a sua utilização para pagamento do quanto apurado no Auto de Infração, desde que adotados os procedimentos cabíveis.

Por outro lado, verifico que os acréscimos moratórios objeto da acusação fiscal se constituem de exigência que a rigor nada tem a ver com a denúncia espontânea efetuada pelo autuado ao reconhecer os valores devidos nos meses de abril, maio e junho de 2011 e realizar os correspondentes recolhimentos. Trata-se de exigência legal que, por não ter sido adimplida pelo sujeito passivo, está sendo reclamada impositivamente mediante lançamento de ofício materializado no presente Auto de Infração.

Logo, afigura-se devidamente aplicável o cálculo previsto no inciso II, do art. 138-B do RICMS-BA/97, a seguir reproduzido.

“Art. 138-B. Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios (Lei nº 7753/00):

I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze centésimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado;

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.”

Ao examinar o demonstrativo de apuração elaborado pelo autuante, fl. 06, verifico que o valor da exigência foi apurado de forma equivocada, tendo em vista que foi considerado para o cálculo o previsto no inciso I do art. 138-B do RICMS-BA/97, quando na realidade, por se tratar de lançamento de ofício, deve ser aplicado o inciso II. Com essa constatação, entendo que pelo fundamento acima enunciado deve ser procedida à adequação do demonstrativo elaborado pelo autuado, fl. 06, que resulta na redução do débito para R\$210.841,18, conforme discriminado no demonstrativo abaixo.

Acréscimo Moratório sobre Saldo Devedor Trazido de Outras Filiais

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO - 01

Dta. Venc.	Dta.Pgto.	Valor Principal	Dias	Selic	Taxa	Taxa Total	Acrésc. Moratório	Multa
		A	B	C	D	E= C + D	F = A x E/100	60%
30/04/11	31/07/11	1.936.236,61	92	1,944261	1	2,944261	57.007,86	60%
31/05/11	31/07/11	7.406.771,01	61	0,956276	1	1,956276	144.896,88	60%
30/06/11	31/07/11	893.643,23	31	0	1	1	8.936,43	60%
Total do Débito							210.841,17	60%

Assim, concluo que a infração 01 subsiste parcialmente.

No que diz respeito à infração 02, além dos argumentos alinhados na defesa da infração 01, o autuado se insurgiu alegando que as transferências de crédito para as filiais se deram, exclusivamente, para que houvesse débito de ICMS a recolher em jul/2011 para cumprir o Termo de Acordo, conforme prévio alinhamento com a SEFAZ, ou seja, segundo seu entendimento, o que ocorrera foi uma realocação de crédito, e que por isso não há que se falar em acréscimos moratórios.

Constato que não deve prosperar a alegação do sujeito passivo, uma vez que, com a sistemática de apuração centralizada para apuração do imposto devido para cumprimento do Termo de Acordo celebrado todos os procedimentos indispensáveis a sua consecução devem ser realizados dentro do período mensal de apuração. Ressalte-se que tais procedimentos são independentes da

existência de crédito acumulado, tendo em vista a obrigação do autuado de somente utilizar os créditos acumulados nos limites fixados no Termo de Acordo.

No tocante à inadequação da capitulação invocada, já abordada na análise da preliminar de nulidade, reitero os fundamentos aduzidos na infração 01, por entender que, independente da denominação que se dê ao estorno de crédito fiscal, seu lançamento foi reconhecido pelo autuado, porém efetuado intempestivamente. Logo, em se tratando de lançamento de ofício é inafastável a aplicação do inciso II do art. 138-B do RICMS-BA/97, devendo ser corrigido o demonstrativo de apuração à fl. 07, ou seja, para se adequar à determinação expressa nesse dispositivo normativo que resulta redução débito para R\$2.000.218,08, consoante discriminação do novo demonstrativo de débito abaixo.

Acréscimo Moratório sobre Estorno de Crédito Fiscal de ICMS

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO - 02

Dta. Venc.	Dta.Pgto.	Valor Principal	Dias	Selic	Taxa	Taxa Total	Acréc. Moratório	Multa
		A	B	C	D	E= C + D	F = A x E/100	60%
30/04/11	31/07/11	48.000.000,00	92	1,944261	1	2,944261	1.413.245,28	60%
31/05/11	31/07/11	30.000.000,00	61	0,956276	1	1,956276	586.882,80	60%
Total do Débito							2.000.128,08	60%

Assim, resta parcialmente caracterizada a infração 02.

Deve ser ressaltado que descabe, nesta fase processual, a pretendida compensação de imposto recolhido a mais ou de crédito fiscal aduzida pelo sujeito passivo, podendo esses ajustes compensatórios ser requeridos por ocasião da quitação do Auto de Infração, ou de específica restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF-BA/99 e art. 33 da Lei 7.014/96.

Em que pese o esforço argumentativo do autuado, invocando precedentes jurisprudenciais e citando posição doutrinária favorável, saliento que também não deve prosperar seu pedido de exclusão da multa de 60% sugerida na autuação para duas infrações, ora em lide, por se tratar de denúncia espontânea. A multa tipificada no Auto de Infração afigura-se corretamente aplicada, eis que se origina especificamente de sanção sobre os acréscimos moratórios decorrente da intempestividade no adimplemento da obrigação principal espontaneamente realizado, ora lançado de ofício. Ademais, decorre de específica e expressa determinação legal consoante o inciso VIII, art. 42 da Lei 7.014/96, que transcrevo:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

VIII – 60% (sessenta por cento) do valor dos acréscimos moratórios que não forem pagos com o imposto, em caso de recolhimento intempestivo, porém espontâneo;”

Deve ser ressaltado que não se configura incluída na competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271330.0005/12-9**, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser o autuado cientificado desta decisão e intimado para efetuar o pagamento do Crédito Tributário no valor de **R\$2.210.969,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VIII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – JULGADOR