

**PROCESSO** - A. I. Nº 279196.0001/10-6  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A.  
**RECORRIDOS** - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0256-05/11  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 03/07/2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0146-12/14

**EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO.** TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO SITUADO NESTE ESTADO, INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. Por se tratar, o autuado, de contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, obriga-se a cumprir a legislação baiana do ICMS, a qual estabelece em seu art. 17, § 7º, II, da Lei n. 7.014/96, que na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento. A empresa destacou imposto nas notas fiscais de remessas, apenas o fez em desconformidade com a legislação posta. Exigida a diferença. Mantida a Decisão recorrida. **2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL, TIDA COMO NÃO TRIBUTÁVEL.** SAÍDA PARA CONCERTO SEM POSTERIOR RETORNO. Item reconhecido pelo recorrente. **3. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO.** ALIENAÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Exigência a partir do valor utilizado para remessa para concerto, ao invés do valor do imposto cobrado *na aquisição* dos bens. Infração insubsistente; **b) VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO.** ATIVO IMOBILIZADO. Exigência reconhecida; **c) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. c.1) MATERIAL DE USO E CONSUMO CLASSIFICADO COMO ATIVO IMOBILIZADO.** Trata-se de peças e partes utilizadas na manutenção da planta produtiva e reposições normais que ocorrem devido ao desgaste excessivo com o tempo de uso, caracterizando-se como materiais de uso e consumo. Item reconhecido pelo recorrente; **c.2) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Com exceção do nitrato de sódio, trata-se de insumos usados no tratamento de efluentes e no sistema de água de resfriamento, os quais não se contaminam com o processo produtivo, caracterizando-se como material de uso e consumo. Exigência subsistente em parte; **c.3) FALTA DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO.** Infração insubsistente, após consideração das alegações de defesa; **c.4) REFERENTE AO SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO AO PROCESSO PRODUTIVO.** Exigência reconhecida. **4. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Guia para liberação de mercadoria estrangeira sem comprovação do recolhimento do ICMS e diligência confirmam à

destinação do imobilizado no processo de automatização e operação da área industrial da empresa. Infração insubsistente. **5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ICMS DIFERIDO RECOLHIDO A MENOS.** Exigência comprovada; **b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Constatada a satisfação do imposto; **c) RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Exigência acolhida. **6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO: a) CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Infração subsistente em parte; **b) ATIVO FIXO.** Com a exclusão da operação de simples faturamento, a exigência subsiste em parte. **7. ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Diligência comprova tratar-se de insumos que fazem parte do processo produtivo. Exigência insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0336-01/10 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 01/06/2010, exige ICMS no valor histórico total de R\$1.565.738,45, em razão de terem sido constatadas quinze irregularidades a norma tributária deste Estado.

O Recurso Voluntário diz respeito às infrações 1, 2, 5, 7, 8, 9 e 11.

O Recurso de Ofício versa sobre as infrações 3, 6, 8, 10, 11, 12 e 13.

As infrações recorridas são as seguintes:

INFRAÇÃO 1- Efetuou saída de produtos em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção, com ICMS exigido de R\$99.404,63.

INFRAÇÃO 2- Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 7.905,00, nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, relativo à remessa para conserto sem retorno com ICMS exigido de R\$7.905,00.

INFRAÇÃO 3- Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 121.868,75, referente a bens do ativo imobilizado que foram alienados antes de decorrido o prazo de cinco anos, contados da data de sua aquisição ou recebimento.

INFRAÇÃO 5- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 76.298,27, referente à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, classificando-os como ativo imobilizado.

INFRAÇÃO 6- Deixou de recolher o ICMS devido, no valor de R\$ 106.791,53, pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, visto que não comprovou a utilização do ativo imobilizado em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, conforme exigido no inciso XLVIII do art. 343 do RICMS/BA;

INFRAÇÃO 7- Recolhimento a menor do ICMS “substituído” por diferimento, no valor de

R\$11.051,28, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. O contribuinte recolheu a menor o ICMS diferido nas operações de aquisições de utilidades adquiridas da empresa Braskem, I.E. 01.027.389, conforme demonstrados nos anexos VI e VI-A do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 8- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$59.638,55, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, inerente aos produtos: Nitrito de Sódio, Hidrazina e Sulfito de Sódio.

INFRAÇÃO 9- Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$66.789,84, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, a exemplo de: Hidrazina, Sulfito de Sódio e Inibidor de Corrosão.

INFRAÇÃO 10-Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no valor de R\$61.683,91, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, a exemplo de Hidróxido de Sódio e outros.

INFRAÇÃO 11-Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$376.213,67, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento.

INFRAÇÃO 12-Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$270.650,69, relativo ao fornecimento de mercadorias com prestação de serviço não compreendida na competência tributária do município, na qualidade de substituto tributário de seus fornecedores do serviço de transmissão de energia elétrica localizados em outras unidades da Federação, em relação ao ICMS incidente nas operações de transmissão de energia elétrica.

INFRAÇÃO 13-Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$291.591,87, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, ao não apresentar DAE (Documento de Arrecadação Estadual), correspondente ao pagamento do ICMS referente às operações de serviço de transmissão de energia elétrica com vencimento em fevereiro/07 e julho/07, de modo a fundamentar o lançamento do crédito no Registro de Apuração de ICMS.

Após saneamento do processo, a 5ª JF prola a seguinte Decisão de mérito em relação às infrações motivadoras da subida dos autos a esta 2ª Instância.

*INFRAÇÃO 1 - Quanto às razões de mérito, inerente à infração 1, a qual visa ao lançamento do imposto recolhido a menos na saída de mercadorias abaixo do custo de produção, em transferência para estabelecimento da mesma titularidade do sujeito passivo, situado neste Estado da Bahia, nos termos do art. 56, IV, “b”, do RICMS, o contribuinte defende-se aduzindo que tal exigência não deve prosperar já que estas operações não se encartam na hipótese de incidência do ICMS, que somente se implementa com a circulação econômica ou jurídica do bem, visto que houve apenas a circulação física das mercadorias.*

*Contudo, cabe-me esclarecer que, por se tratar o autuado de contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, obriga-se a cumprir a legislação baiana do ICMS, a qual estabelece em seu art. 17, § 7º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, que na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento. Também cabe a autoridade julgadora cumprir a legislação baiana, até o momento em que haja propositura do Secretário da Fazenda de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal.*

*Há de se ressaltar que a alegação defensiva não condiz com a atitude do próprio contribuinte, uma vez que ele mesmo submete à tributação as citadas operações de transferências, só que em valor de base de cálculo inferior à legalmente estabelecida, conforme demonstrado às fls. 18 a 39*

*dos autos. Exigência subsistente*

INFRAÇÃO 2 – infração mantida já que a empresa não conseguiu comprovar documentalmente o regresso do bem ao seu estabelecimento após o seu reparo.

INFRAÇÃO 3 – “No tocante à infração 3, relativa ao estorno de crédito fiscal de ICMS de bens do ativo imobilizado, alienados antes de decorrido o prazo de cinco anos da sua aquisição, tem pertinência a alegação defensiva de que a exação fiscal a partir do valor constante na Nota Fiscal de nº 34.936, utilizada para remessa para conserto, ao invés do valor do imposto anteriormente cobrado na aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, como determina a legislação, torna a acusação insubsistente”.

INFRAÇÃO 5 – “Inerente à infração 5, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de materiais para uso e consumo, classificados como ativo imobilizado, descabe a alegação do autuado de que se tratam de conjuntos de partes e peças adquiridos para compor o maquinário do seu parque fabril, pois, conforme bem ressaltaram os autuantes, são peças e partes utilizadas comumente em trabalhos de manutenção de planta produtiva e reposições normais que ocorrem devido ao desgaste excessivo com o tempo de uso, caracterizando-os como materiais de uso e consumo, a exemplo de: válvula esfera, terminal de compressão, condutele de alumínio, termoresistência, sensor proximidade, kit ferramenta, bomba industrial, transformador, telaios móveis, chapa PVC, mancal, conector bobina, adaptador macho, tubos, pistão, pino, anel, filtro mascara, etc, conforme listado às fls. 208 a 219 do PAF, e como tal, sem direito ao crédito do ICMS, no período fiscalizado, uma vez que a utilização dos créditos fiscais relativos aos materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento está prevista a partir de 1º/01/2020, conforme art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96, alterada pela LC 138/10, consoante consignado no art. 29, § 1º, II, da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente”.

INFRAÇÃO 6 – “Referente à infração 06, a qual exige o imposto pelas importações por não ter sido comprovada a utilização do ativo imobilizado em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, o autuado aduz que a Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira Sem Comprovação do Recolhimento do ICMS, à fl. 495 dos autos, emitida e assinada pela autoridade competente, demonstra de maneira inequívoca a fruição do diferimento do ICMS, assim como que o contribuinte preencheu os requisitos elucidados no art. 343, XLVIII, § 3º-A, do RICMS. Tal fato foi corroborado com a diligência realizada por preposto da ASTEC, ao asseverar não haver dúvida quanto à destinação dos painéis, descritos na Nota Fiscal nº 0753 (fl. 221), no processo de automatização e operação da área industrial da empresa. Infração insubsistente”.

INFRAÇÃO 7 – “Quanto à infração 7, a qual exige do autuado o ICMS “substituído” por diferimento, recolhido a menos, nas operações de transferência interna de água potável, água clarificada e vapor, o autuado aduz que, assim como a infração 01, não é devido o ICMS sobre as referidas operações já que estas não se encartam na hipótese de incidência do ICMS, que, como cediço, somente se implementa com a circulação econômica ou jurídica do bem. Conforme já abordado, por se tratar de contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, obriga-se a cumprir a legislação baiana do ICMS.

O art. 2º, inciso I, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96 estabelece que o ICMS incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, sendo irrelevantes para caracterização do fato gerador a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo ou o resultado financeiro obtido. Infração subsistente”.

INFRAÇÕES 8 e 9 – “Em relação às infrações 8 e 9, referentes às exigências de crédito indevido e de diferença de alíquotas nas aquisições de material de uso e consumo, acompanho o Parecer da ASTEC, às fls. 576 a 579 dos autos, no qual excluiu da oitava infração o nitrato de sódio, por se tratar de um insumo que compõe a mistura eutética, utilizada no sistema de aquecimento da área de produção de soda em escamas, a qual, sem emprego de tal produto, não poderia ser produzida. Contudo, nas exações fiscais devem-se manter as demais substâncias, ou seja,

*hidrazina composição química e sulfito sódio, por atuarem como insumos utilizados no tratamento de efluentes, assim como inibidores de corrosão, por servirem de insumos utilizados no sistema de água de resfriamento, os quais não se contaminam com o processo produtivo, caracterizando-se como material de uso e consumo, sem direito ao crédito fiscal no período sob análise.*

*Logo, subsiste em parte a infração 8, no valor de R\$ 59.003,58, após exclusão da parcela de R\$634,97, relativo ao mês de agosto/05, inerente ao produto nitrato de sódio, e subsistente a infração 9”.*

*INFRAÇÃO 10 – “No tocante à infração 10, onde se exige a antecipação parcial, recolhida a menos, dos produtos hidróxido de sódio, sal purificado e ácido clorídrico, acolho o resultado da diligência de que fazem parte do processo produtivo, pois, a partir deles, obtêm-se produto final diferente dos que foram inicialmente adquiridos e que vem a ser comercializados, como também de que não foi constatada nenhuma revenda dos referidos produtos. Exigência insubsistente.”*

*INFRAÇÃO 11 - “Inerente à infração 11, a qual exige o imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, restou comprovado no Parecer da ASTEC que, com a exclusão da Nota Fiscal de nº 166.681, relativa à operação de simples faturamento, a infração altera-se apenas no lançamento de 31/07/2008, que passa de R\$ 351.768,84 para R\$ 3.768,84, permanecendo inalterados os demais lançamentos da aludida infração.*

*O autuado, às fls. 588 a 590 dos autos, aduz que os demais valores foram adimplidos, do que anexa documentos, às fls. 604 a 705, como prova de sua alegação, entendendo que se faz imprescindível que sejam analisados dentro da diligência fiscal realizada. Contudo, da análise das aludidas peças processuais, verifica-se que os valores do “DÉBITO DO IMPOSTO” no livro Registro de Apuração do ICMS, às fls. 679 a 705 dos autos, foram todos considerados no levantamento fiscal, às fls. 261 a 297, sendo a exigência fiscal o resulta da diferença entre a importância apurada e recolhida. Logo descabe tal pretensão.*

*Assim, após redução do valor de R\$ 351.768,84 para R\$ 3.768,84, inerente ao mês de julho/08, subsiste em parte a infração 11, no valor total de R\$ 28.213,67”.*

*INFRAÇÃO 12 – “Pertinente à infração 12, relativa ao ICMS incidente nas operações de transmissão de energia elétrica, na qualidade de substituto tributário de seus fornecedores, situados em outros estados da Federação, o diligente confirmou a alegação defensiva de existência de erro material de preenchimento no DAE, haja vista a existência do recolhimento de ICMS de R\$ 270.650,69, valor exatamente igual ao reclamado na infração 12, com a mesma data do lançamento tributário, 31/07/2007, e que a diferença está no CNPJ, com preenchimento errado e que resultou em recolhimento apropriado em outra inscrição da Braskem no Estado da Bahia (01.377.354), uma vez que este processo reporta-se à inscrição de nº 01.384.761. Como prova de que o DAE relativo ao recolhimento do ICMS substituição tributária foi recolhido equivocadamente em nome de outro estabelecimento, o autuado anexa documentos, às fls. 706 a 712, que comprovam as operações de aquisições interestaduais de energia elétrica, que originaram o ICMS, ora exigido, discriminando os números das notas fiscais de aquisição, os fornecedores da energia elétrica adquirida, bem como o ICMS incidente sobre tais operações, no valor total de R\$270.650,69, para comprovar que estas operações de aquisição foram realizadas pelo estabelecimento fabril autuado. Exigência insubsistente”.*

*INFRAÇÃO 13 – “...o autuado, quando da sua defesa, em relação ao crédito aproveitado em fevereiro/07, anexa, à fl. 514, o comprovante do recolhimento no valor exigido de R\$21.209,01, recolhido em 09/02/07, cujo pagamento provavelmente deixou de ser identificado pela fiscalização em razão do apontamento incorreto do período de referência, preenchido equivocadamente como 01/07.*

*Inerente ao crédito utilizado no mês de julho/07, o contribuinte aduz que logrou êxito em demonstrar, no item precedente, que efetuou o recolhimento do ICMS relativo à aquisição*

*interestadual de energia elétrica, adimplindo, pois, integralmente a sua obrigação tributária, conforme faz prova o DAE à fl. 510 dos autos, tendo colacionado o livro RAICMS do seu estabelecimento inscrito no CNPJ 42.150.391/0017-38, relativamente à competência de julho/07 (fls. 511/513), demonstrando que o citado estabelecimento não se creditou do montante recolhido a título de ICMS substituição tributária – energia elétrica, o qual, em verdade, foi regularmente aproveitado pela unidade autuada, conforme de direito, cujo valor corresponde exatamente ao crédito constante do livro RAICMS e desconsiderado pela fiscalização. Ressalta, ainda, que a diferença apontada pelos autuantes entre o valor recolhido (R\$ 270.650,69) e aquele do qual o autuado se creditou (R\$ 270.562,44) corresponde ao percentual da energia elétrica utilizada no setor administrativo, percentual este que não gera direito a crédito.*

*Diante de tais razões, acolho as alegações de defesa e considero insubsistente a infração 13”.*

*Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$364.516,73, conforme abaixo demonstrado:*

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA	RESULTADO
1	99.404,63	60%	PROCEDENTE
2	7.905,00	60%	PROCEDENTE
3	-	-	IMPROCEDENTE
4	4.334,46	60%	PROCEDENTE
5	76.298,27	60%	PROCEDENTE
6	-	-	IMPROCEDENTE
7	11.051,28	60%	PROCEDENTE
8	59.003,58	60%	PROCEDENTE EM PARTE
9	66.789,84	60%	PROCEDENTE
10	-	-	IMPROCEDENTE
11	28.213,67	60%	PROCEDENTE EM PARTE
12	-	-	IMPROCEDENTE
13	-	-	IMPROCEDENTE
14	9.058,60	60%	PROCEDENTE
15	2.457,40	60%	PROCEDENTE
TOTAL	364.516,73		

A JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recuso Voluntário (fls. 762/788)

INFRAÇÃO 1 - diz ser simplista o argumento apresentado pela JJF de que sendo a empresa contribuinte do ICMS neste Estado encontra-se obrigada a cumprir a legislação estadual. Também nesta linha, cita que a JJF observou que embora tenha defendido a infração, a empresa havia submetido à tributação estas operações.

Em seguida, sustenta de que tais premissas estão equivocadas uma vez que, mesmo sendo conhecedor das determinações do art. 56, IV, do RICMS/97, as operações de transferências em lide, à luz das normas hierarquicamente superiores ao regulamento, bem como as decisões pacíficas dos tribunais superiores, conduzem ao fato da não configuração da incidência do ICMS.

Nesta linha, afirma que a infração não merece prosperar já que estas operações não se encartam na hipótese de incidência do ICMS, que somente ocorre com a circulação econômica ou jurídica do bem, visto que houve apenas a circulação física das mercadorias, não havendo transferência de propriedade. Nesta sua argumentação, apresenta seu entendimento do que a Constituição Federal definiu como hipótese do ICMS, cita trecho do AgRe 131.941-1/SP do STF e a Súmula 166 do STJ para concluir que a transferência de mercadorias de um estabelecimento para outro, ambos pertencentes ao mesmo contribuinte, não constitui fato imponible do ICMS, não fazendo nascer, portanto, a obrigação de pagar o imposto.

INFRAÇÃO 2 - aduz que embora não discorde da idoneidade da 5ª JJF, a infração 02 não merece prosperar, pois resta convicto que não violou a legislação e que adotou todos os procedimentos

legais referentes ao regresso do bem ao seu estabelecimento, após o seu reparo. Diz estar utilizando todos os esforços necessários para identificar a documentação e apresentá-la. Assim, protesta pela juntada posterior da mesma.

INFRAÇÃO 5 - alega ter adquirido bens destinados à consecução de projetos de ampliação e modernização do seu parque fabril, devidamente registrados no seu Ativo Imobilizado, pois a sua grande maioria foi adquirida para compor o maquinário do seu parque fabril. Invoca o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, as determinações do art. 20, da Lei complementar – LC nº 87/97, arts 93 e 97, IV, “c”, do RICMS/97 para concluir que tem direito ao aproveitamento do crédito fiscal nas aquisições de bens para compor o seu ativo imobilizado, salvo se eles forem empregados em atividade alheia ao objeto social do estabelecimento.

Nesta linha de condução, passa a discorrer, inclusive sacando de toda legislação pertinente, o que sejam “mercadoria alheia à atividade do estabelecimento” e “ativo imobilizado”. Argumenta que se tais bens fossem considerados isoladamente, poderiam se assemelhar a bens de uso e consumo, mas se enquadram como ativo imobilizado uma vez que, além de terem sido registrados no seu Ativo Imobilizado, possuem inequívocas características de bens desta natureza, pois adquiridos para compor o maquinário do seu parque fabril, em virtude da implementação de diversos projetos de modernização e ampliação.

Em seguida discorre sobre:

1. o conceito de “peças e conjuntos de reposição” entendendo que elas não podem ser consideradas meras despesas, pois se agregam aos equipamentos.
2. Sendo uma sociedade anônima encontra-se sujeita a fiscalização por parte da CVM (Comissão de Valores Imobiliários), o que entende afastar o procedimento da fiscalização “*em ignorar as características e o registro contábil dos bens*” em lide.

Por fim, diz estar realizando minucioso trabalho de vinculação de cada uma das notas fiscais de aquisição dos produtos equivocadamente classificados como materiais de uso e consumo pela fiscalização com os respectivos projetos de ampliação, modernização e revitalização do seu parque industrial, trabalho ainda não concluído, pois até o momento ainda não encontrou as cópias dos memoriais descritivos dos projetos de ampliação e modernização do seu parque industrial, mas que se encontra a disposição do fisco para análise, bem como, os registros dos bens na conta do seu Ativo Imobilizado. Reitera o pedido de diligência anteriormente feito para corroborar tudo o que aqui expõe.

INFRAÇÃO 7 – diz que ela não pode prosperar, pois como na infração 01, não é devido o ICMS sobre as referidas operações por não se encontrarem no âmbito do ICMS, uma vez que a transferência de mercadorias de um estabelecimento para outro, ambos pertencentes ao mesmo contribuinte, não se constitui fato impositivo do referido imposto. Que a despeito dos seus rebustos argumentos jurídicos, a 5ª JJF fundamentou-se, mais uma vez, no simples argumento de que a empresa, por se tratar de contribuinte estabelecido neste Estado, está obrigada a cumprir com a legislação baiana. Requer a improcedência total da infração.

INFRAÇÕES 8 e 9 – diz que embora a JJF tenha acolhido seus argumentos em relação ao nitrato de sódio, os demais itens também devem ser excluídos, uma vez que para consecução do seu processo produtivo, adquire diversos produtos indispensáveis ao mesmo. Em assim sendo, são eles caracterizados como produtos intermediários, conforme aduz:

- Insumos utilizados no sistema de água de resfriamento - possui a função de resfriar correntes intermediárias do processo, de forma a deixá-las em condições de serem processadas até a sua transformação em produto final. Após indicar como se dar tal processo, afirma que eles possuem a função evitar o processo de corrosão e obstrução nos tubos trocadores de calor, evitando a proliferação de micro-organismos, a incrustação de sais e controlar PH. Informa que, dentre outros insumos, se encontra o Inibidor Corrosão Continuum AEC 3107 (dispersante/anticrustante – ativos HPS-1 e AEC) e o Inibidor Corrosão Inibitor AZ 8104

(inibidor de corrosão para metais amarelos – ativo HRA). Logo sem a aquisição destes insumos, as torres de resfriamento perderiam, em pouco tempo, a sua função.

- Insumos utilizados no tratamento de efluentes - que antes do envio dos efluentes para a CETREL, por força de obrigações ambientais, os mesmos devem ser previamente tratados pelo seu emissor. Neste contexto, a Hidrazina Composição Química e o Sulfito de Sódio 90%, são utilizados no processo de desmercurização de águas residuais mercuriais.

Por tudo exposto, diz ser legítimo possuidor de tais créditos fiscais em total consonância com o princípio da não-cumulatividade do ICMS. E neste caminhar, adentra no conceito de matéria prima e produto intermediário/secundário para afirmar que não há qualquer limitação na legislação no que tange à utilização de tais créditos, exigindo-se, apenas, que o material intermediário/secundário faça parte do processo industrial, de forma indispensável.

Em consequência, ao contrário do que entendeu a fiscalização e a JJF, não se pode, aqui, se falar em estorno de créditos fiscais nem, tampouco, na exigência do diferencial de alíquota.

INFRAÇÃO 11 - Que embora tenha sido acolhido, pela JJF, o erro em relação à Nota Fiscal nº 166.681, ela havia desconsiderado os demais argumentos apresentados. Afirma que *“diferentemente da conclusão alcançada pela d. 5ª JJF, toda a infração 11 deve ser julgada improcedente, tendo em vista que, conforme pontuado na impugnação outrora apresentada, o recorrente identificou diversas inconsistências no levantamento elaborado pela fiscalização, tais como a desconsideração das reduções/isenções que incidem sobre as operações listadas no respectivo anexo, fato que não poderia ter sido ignorado pelo Colegiado de primeira instância sem que tivesse sido realizada, pelo menos, uma diligência fiscal por auditor estranho ao feito com vistas à verificação do quanto aqui aduzido.”*

Com tal argumento e reafirmando de que uma “infinidade” de operações autuadas foram concretizadas com as referidas inconsistências, pugna, mais uma vez, pela realização de diligência para atestar a sua alegação.

Por final requer a reforma parcial da Decisão recorrida para julgar improcedentes as infrações 1, 2, 5, 7, 8, 9 e 11. Requer, ainda, a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para análise dos fatos e documentos colacionados aos autos, caso esta CJF entenda necessário.

A PGE/PROFIS (fls. 793/798) em Parecer da lavra da n. Procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, após relatar sucintamente as razões recursais, assim se posiciona:

INFRAÇÃO 1 – primeiramente ressalta de que cabe a Lei Complementar nº 87/96 estabelecer as regras gerais do ICMS. Em assim sendo, o seu art. 13, § 4º *“é competente para disciplinar a base de cálculo nas transferências interestaduais”*.

Observando o que sustentou o recorrente sobre a matéria (de ser abordada sob o ponto de vista da jurisprudência superior), transcreve Parecer do n. Procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Junior, no Processo nº 1465480904/04-4, que versa sobre transferências interestaduais de mercadorias, para emitir opinativo contrário ao pleito do recorrente.

INFRAÇÃO 2 – o próprio recorrente reconhece não ter apresentado a prova do retorno do bem remetido para conserto através da Nota Fiscal nº 34936. Opina pela manutenção desta infração.

INFRAÇÃO 5 - concorda com os autuantes e com a Decisão da JJF, pois os bens descritas são materiais de uso e consumo (reposição de peças de maquinário) como pinos, válvulas, sensores, tubos, filtros, etc., sendo vedada a utilização dos créditos fiscais pela LC nº 87/96.

INFRAÇÃO 7 – afirma que os argumentos expedidos para fundamentar a infração 1 se prestam para sustentar a ora em lide.

INFRAÇÕES 8 e 9 – a matéria é recorrente neste CONSEF, sendo pacífico o entendimento de que materiais com função anti corrosiva e de efluentes não podem ser entendidos como produtos

intermediários por não fazerem parte do processo produtivo.

INFRAÇÃO 11 - em que pese a significativa redução do valor da exigência fiscal levada a efeito pela JJF, o valor remanescente não foi comprovadamente recolhido, devendo permanecer no Auto de Infração.

Opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário interposto.

Dante das razões recursais em relação à infração 11 e da dúvida instalada, esta 2ª CJF (fls. 801/802), em pauta suplementar do dia 22/10/2012, encaminhou os autos em diligência para que os fiscais autuantes as dirimissem. Após indicar o que pontuou o recorrente, exemplificar os produtos autuados, de indicar a insurgência da empresa, apresentou as seguintes questões:

1. Indicasse, diante da norma regulamentar, se dentre os produtos autuados existiam alguns adquiridos com redução de base de cálculo ou isenção;
2. Existindo, se de fato estas reduções ou isenções foram consideradas. As demonstrassem no levantamento elaborado;
3. Caso existissem reduções de base de cálculo e/ou isenção e elas não tivessem sido consideradas, refizesse o levantamento fiscal a partir da exclusão feita pela JJF.
4. Elaborasse demonstrativo, retirando do mesmo, os documentos fiscais referentes à exigência do pagamento da diferença de alíquota de brindes.

Os autuantes (fl. 806) apresentam a seguinte informação: *Os autuantes não detectou nenhum produto dos relacionados no demonstrativo do Anexo IX, correspondente a infração 11 do presente processo fiscal, elencados dentre os convênios celebrados pelo Estado da Bahia e as outras unidades da federação relativo à redução de base de cálculo e isenção tributária como alega o autuado. Portanto, não existe razão para que os respectivos produtos sejam retirados do demonstrativo em questão. Quanto à solicitação de retirada dos produtos relativo aos “BRINDES” do demonstrativo, foi efetuada referente aos meses de junho/05 e dezembro/06 e obtivemos como resultado os valores que abaixo transcrevemos:*

(...)

O recorrente manifesta-se (fls. 809/817), após fazer breve síntese dos fatos até então acontecidos, ressalta que diante da “escassez de palavras da diligência fiscal”, questiona:

- *O preposto fazendário analisou, de fato, todos os produtos objeto das notas fiscais listadas no Anexo IX do Auto de Infração? Como é possível responder com segurança ao primeiro questionamento se o Sr. Fiscal autuante/diligente, em sede de diligência fiscal, não enumerou de forma taxativa quais produtos foram analisados?*
- *Qual foi a base legislativa sobre a qual o Sr. Fiscal autuante/diligente de fato se debruçou para verificar se, dentre os produtos autuados, existem alguns que foram adquiridos com redução de base de cálculo ou isenção? Mais uma vez, como é possível responder com segurança à indagação anterior se o preposto fazendário limitou-se a informar, de forma absolutamente genérica, que foram examinados os convênios celebrados pelo Estado da Bahia e as outras unidades da Federação acerca da referida matéria?*
- *Foram examinados os documentos fiscais objeto da infração em destaque? Antes: o preposto fazendário intimou o autuado para apresentar, ainda que por amostragem, cópias nas notas fiscais cujas operações foram realizada com redução de base de cálculo e/ou isenção?*

Observa as determinações do art. 150, do RPAF/BA e ressalta que já havia apresentado relatórios intitulados de “Diferencial de Alíquotas por CFOP/Documento” (novamente apensado aos autos) por meio dos quais consolidou os valores devidos de diferencial de alíquota do ICMS inerentes à autuação. Por estes relatórios verifica-se que muitas das operações listadas no Anexo IX da peça acusatória foram realizadas com redução de base de cálculo e/ou isenção, o que evidencia a insubsistência da autuação neste particular. E a título meramente exemplificativo, apresenta a Nota Fiscal nº 32.549 de 30/06/2005. Analisando o relatório de Diferencial de Alíquotas por CFOP/Documento tem-se o montante de R\$ 3.191,39 de base de cálculo com redução/isenção e um diferencial de alíquota de R\$881,98. Em contrapartida, no demonstrativo anexo ao Auto de

Infração, a fiscalização informou como base de cálculo o valor de R\$ 11.549,25 e um diferencial de alíquota de R\$1.154,93.

Em assim sendo, a diligência não havia sido integralmente cumprida. Pugna para que os autos novamente sejam encaminhados para nova diligência (aos autuantes ou à ASTEC/CONSEF) para que sejam adotadas as medidas necessárias à busca da verdade material dos fatos.

Em manifestação (fl. 869) a PGE/PROFIS entende que como a manifestação dos autuantes não rebateu com precisão as alegações da empresa, entende que os autos devem ser encaminhados à ASTEC/CONSEF para prestação dos esclarecimentos solicitados por esta CJF, conforme fls. 801/802 do processo.

Diante da situação, esta 2ª CJF, em pauta suplementar do dia 13/03/2013, encaminhou os autos à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito cumprisse a diligência solicitada às fls. 801/802 do presente processo. Foi observado que existindo pertinência nas alegações recursais, no novo demonstrativo de débito, além de partir das exclusões feitas pela JJF, também fosse levado em consideração às exclusões efetuadas pelo autuantes e constantes à fl. 805 (referentes a brindes).

O diligente fiscal (Parecer ASTEC/CONSEF nº 46/2013 – fls. 874/875) analisou as cópias de notas fiscais, as quais foram solicitadas e, após tal análise, concluiu que de fato existiram operações comerciais com redução da carga tributária. Outras, a exemplo do sal beneficiado, ficaram sem comprovação de que faz jus ao benefício da redução de base de cálculo. Apresentou exemplo. Entretanto, não foram elaborados novos levantamentos pelo fato da ASTEC/CONSEF não ter meios adequados para alteração dos valores exigidos, diante do grande volume das operações autuadas (o órgão técnico não tem acesso ao programa SINTEGRA). Foi apresentada, ainda, sugestão para que os autos fossem encaminhados à INFAZ de origem para que os autuantes cumprissem o solicitado e que, nesta tarefa, ao invés de basearem seus cálculos no campo do valor total da nota fiscal, que apurassem o imposto devido pelo campo do valor da base de cálculo do ICMS próprio, pois nele já consta a redução da base de cálculo.

Apensou, ainda, manifestação (fls. 882/889) do recorrente onde ele torna a se insurgir contra a não redução da base de cálculo/isenções das mercadorias adquiridas e traz fato novo: que o “Sal Beneficiado” e “Ácido Clorídrico” foram adquiridos e utilizados no seu processo produtivo. Inclusive diz, fato provado no próprio Acórdão recorrido já que descaracterizados na infração 10 (que cuidou do “ácido clorídrico” e “sal purificado”). Este fato não foi abordado pelo diligente fiscal.

De igual maneira foram anexadas inúmeras cópias de notas fiscais (fls. 890/925), ditas exemplificativas.

À fl. 929 consta a renúncia da patrona da empresa, Dra. Rosany Nunes de Mello Nascimento, aos poderes a ela conferidos pelo recorrente.

Os autuantes prestam informação (fl. 932) afirmando que diante do Parecer da ASTEC/CONSEF, “resolveram” o acatar. Refizeram o levantamento fiscal com as reduções de base de cálculo existentes nas cópias das notas fiscais apensadas aos autos pelo recorrente às fls. 890/925, passando o ICMS exigido de R\$376.213,65 (valor original) para R\$362.847,94, desconsiderando que os documentos apensados aos autos era tão somente uma amostragem. Desconsideraram, igualmente, a Decisão da JJF, bem como, as exclusões dos brindes, inclusive como requerido deste a 1ª diligência solicitada por esta CJF e por eles próprios realizadas. Não abordaram os fatos a respeito do “ácido clorídrico” e “sal beneficiado”.

Manifestando-se (fls. 936/950) o recorrente novamente contesta a falta da redução de base de cálculo e/ou isenções já que não lhe foram solicitadas todas as notas fiscais que fazem parte da infração (apenas amostragem) e se insurge contra a falta de abordagem a respeito do “sal beneficiado” pelo diligente fiscal. Quanto à informação prestada pelos autuantes, aponta todas as inconsistências já elencadas.

Encaminhados os autos à PGE/PROFIS, esta se manifesta (fls. 954/955) opinando pelo não conhecimento do novo demonstrativo apresentado pelos autuantes, diante das inconsistências já indicadas. Alerta para o fato de que inúmeras diligências já foram realizadas somente para apurar o imposto relativo à infração 11, postergando assim as demais exigências que são de grande monta. No entanto, a busca da verdade material deve ser perquerida. Solicita que os autos retornem aos autuantes para que eles apresentem “*demonstrativo analítico de débito da infração 11, destacando a Nota fiscal já excluída pela JJF, e estendendo ou não, justificadamente, as provas por amostragem trazidas pela empresa, às demais notas fiscais não apresentadas, ou que intime a empresa a trazê-las aos autos*”.

Diante da análise de tudo ora narrado, esta 2ª CJF, pela terceira vez e em 26/09/2012, os encaminhou, novamente, em diligência aos autuantes para que eles, definitivamente, dirimissem todas as questões existentes em relação à infração 11, tomando as seguintes providências (fls. 957/959):

1. Adotando a análise feita pelo diligente fiscal lotado nas ASTEC/CONSEF, refissem TODO o levantamento fiscal pelo campo do valor da base de cálculo do ICMS próprio, pois nele consta a redução da base de cálculo e/ou isenções.
2. Perquerissem se existiam operações no levantamento fiscal com a mercadoria “ácido clorídrico”. Existindo, excluí-la da autuação referente a esta infração.
3. Analisasse a diferença para o processo produtivo da empresa da mercadoria “sal beneficiado” e “sal purificado”, objetivando se ter conhecimento se o primeiro faz parte ou não do processo produtivo do recorrente.
4. Caso as razões recursais fossem pertinentes a respeito do “sal beneficiado”, excluí-lo da autuação.

Após, refizessem o levantamento fiscal e demonstrativo de débito levando em consideração todos os pedidos acima feitos, bem como, que eles fossem realizados a partir da exclusão feita pela JJF e das exclusões das operações com brindes (fl. 806).

Das fls. 962 a 996 consta a confissão de dívida e pagamentos das infrações 2, 4, 5, 7, 14 e 15 realizada pelo recorrente com os benefícios que lhe conferiu a Lei nº 12.903 de 05/09/2013.

Foi aberta Ordem de Serviço nº 510534/13 pela Superintendência de Administração Tributária – SAT objetivando que os auditores fiscais autuantes cumprissem o que solicitou este CONSEF (fl. 1014).

Os autuantes (fl. 1015) informaram que intimaram a empresa à apresentar os documentos cujas aquisições foram efetuadas com redução de base de cálculo e a partir destas informações refizeram os levantamentos fiscais. Que nos novos levantamentos excluíram da autuação os produtos: sal beneficiado, ácido clorídrico e brindes.

Apresentaram os demonstrativos (fls. 1016/1020) passando o ICMS a ser exigido para o valor de R\$10.118,68.

Em manifestação acerca dos novos demonstrativos, o recorrente (fls. 1032/1037) afirma que a diligência levada a efeito pelos autuantes não foi cumprida. Explica: a PGE/PROFIS havia solicitado que a mesma fosse realizada com todas as notas fiscais autuadas e não tão somente com os documentos trazidos aos autos, por amostragem, pela empresa. Os autuantes somente se basearam na referida amostragem. Inclusive não foi intimado para apresentar as demais notas fiscais, “*conforme se pode verificar, em flagrante cerceamento do seu direito de defesa*”. Para corroborar a sua assertiva indica de que o produto constante das notas fiscais 348, de 25/09/2007 e 6748, de 10/07/2008 tinham base de cálculo reduzida (como indica) e não considerada.

Diante do imposto, requer, novamente, diligência fiscal, “*notadamente no que diz respeito ao item 1 da diligência ora criticada*”.

Requer a improcedência da infração 11.

Manifestando-se (fl. 1060), os autuantes afirmam que o recorrente, ao contrário do alegado, foi intimado para apresentar os documentos que haviam solicitado, conforme Termos de Intimação constantes das fls. 1061/1065.

Que elaboraram os trabalhos somente após essa entrega feita e conforme apresentado à fl. 1051 dos autos. *“Portanto, a empresa tinha pleno conhecimento de todo o tramite (Na pessoa do Sr. Rogério Marques Novaes – Setor Contencioso Tributário da empresa), participando inclusive com a entrega dos documentos solicitados, ao contrário do que informa na sua manifestação de que desconhecia os procedimentos e ainda alega ceceamento de defesa de forma injusta e inverídica”*.

Das fls. 1067 a 1093 consta o detalhamento dos valores do imposto recolhido pelo recorrente.

A PGE/PORFIS (fls. 1095/1097) após abordar, sucintamente, todos os atos acontecidos no presente processo, assim se posiciona: *Da análise dos autos, observo que a infração 11 foi objeto de inúmeras diligências, tendo sido dada a oportunidade ao Recorrente de produzir as provas que lhe cabiam, não se podendo alegar cerceamento ao direito de defesa. Em sendo assim, entendo que deve ser acatado o demonstrativo de débito apresentado na última diligência, pelo autuante, à fl. 1015.*

*Quanto às demais infrações, vejo que o Recorrente valeu-se dos benefícios concedidos pela Lei 13.903/13, e reconheceu as infrações 02,04,05,07,14 e 15 sobre as quais não resta mais controvérsia, devendo o Recurso Voluntário, nesse particular, ser considerado prejudicado.*

*Opinou pelo provimento parcial do Recurso para modificar o valor do imposto exigido na infração 11 com base no resultado apresentado pelos autuantes e constante à fl. 1015.*

Em despacho, a Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA ratifica o Parecer exarado e encominha os autos a este CONSEF para julgamento (fl. 1098).

## VOTO

O Recurso Voluntário interposto tratou das infrações 1, 2, 5, 7, 8, 9 e 11.

O recorrente, antes do julgamento do presente feito, utilizando-se do benefício que lhe conferiu a Lei nº 12.903/2013, recolheu aos Cofres Públicos os valores totais concernentes às infrações 2, 5 e 7 que foram impugnadas. Atravessou petição ao Secretário de Fazenda (fls. 963/964) renunciando, por força legal, a discussão travada e apresentada quando do seu Recurso Voluntário, tornando-o ineficaz, conforme previsto pelo Art. 122, inciso IV do RPAF/BA. Em consequência, prejudicado o Recurso interposto em relação às nominadas infrações.

Passo a análise das infrações impugnadas, a identificando primeiramente para melhor compreensão das matérias ora posta.

INFRAÇÃO 1 – Efetuou saída de produtos em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção (levantamentos fls. 18/39).

Primeiramente, ressalto a respeito do argumento do recorrente de que no caso presente deva ser aplicada as determinações da Súmula 166 do STJ, que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, portanto parte integrante do Poder Executivo Estadual. Compete a ele, no âmbito administrativo, *“julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e Recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal, obedecendo aos princípios do contraditório, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”*.

Diante desta competência administrativa, a norma regulamentadora do processo administrativo fiscal expressamente retira da competência desse Colegiado abordar questões de inconstitucionalidade da legislação tributária vigente. Tal previsão encontra-se expressa no art. 167, I, do RPAF/BA. E neste mesmo artigo ainda veda, inclusive, que seja negada a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior (inciso III)

Diante da norma acima expressas, passo a análise da infração 01.

O fato gerador do ICMS, entre outros, tem por definição não somente a circulação de mercadoria, mas sim as **operações relativas** à circulação de mercadorias, não se confundindo com transporte de mercadorias, nem com seu mero deslocamento físico. Assim, a transferência de mercadorias, embora possa não ser um ato mercantil, é, sem dúvida, uma operação relativa à circulação de mercadorias.

Ou seja, e como bem pontuado no Parecer do n. Procurador José Augusto Martins Junior, transcrito pela n. Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa quando exarou seu Parecer (fls. 796) *“com efeito, é possível afirmar que a saída de mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, não é uma simples movimentação de mercadorias, mas, isto sim, um fato econômico que possui relevância jurídico tributária, especificadamente do ponto de vista da incidência do imposto incidente sobre operações “relativas” à circulação de mercadorias.”*

Isto posto, a Lei Complementar nº 87/96, pelo permissivo constitucional, deu a competência, no seu art. 1º, aos estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS nos seus respectivos territórios. Também deu o norte sobre a incidência do imposto (art. 2º), ressaltando de que *“a caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua”* (§ 2ª do art. 2º) e quando aborda o local da operação ou prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável (art. 11), no seu § 3º, II considera *“autônomo cada estabelecimento do mesmo titular”*. Indo adiante, o seu art. 12, I determina que a ocorrência do fato gerador do imposto se dar no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, sendo que a base de cálculo do imposto é o *“valor da operação”* (art. 13, I).

Obedecendo a tais determinações, a Lei Estadual nº 7014/96 repete todas estas determinações e quanto a ocorrência do fato gerador do imposto e da sua base de cálculo, assim expressa:

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;*

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

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

*[...]*

*§ 7º Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é:*

*I - o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; ou*

*II - o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento.*

E, ressalta-se, o próprio recorrente quando da realização das operações obedeceu, em parte, à norma de regência, apenas calculou o imposto com base em desconformidade com a legislação posta. A acusação diz respeito à exigência do ICMS em relação a esta diferença.

E, caso fosse aceito o argumento do recorrente, resta provado que, embora conhecedor da jurisprudência superior (como afirmado) destacou indevidamente imposto nestas transferências, gerando transferências de créditos fiscais inexistentes (e em atenção à sua argumentação) à outro estabelecimento da empresa.

Com base nas determinações expressas na lei estadual deste Estado, e vigente, a autuação foi

corretamente realizada. A empresa não contestou os cálculos efetuados pelo autuante.

Voto no sentido de manter a Decisão recorrida em relação à infração 1.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, relativo à remessa para conserto sem retorno.

Recurso Voluntário prejudicado, conforme já comentado anteriormente.

INFRAÇÃO 5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, classificando-os como ativo imobilizado.

Recurso Voluntário prejudicado, conforme já comentado anteriormente.

INFRAÇÃO 7 - Recolhimento a menor do ICMS “substituído” por diferimento na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

Recurso Voluntário prejudicado, conforme já comentado anteriormente.

INFRAÇÃO 8 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$59.638,55, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, inerente aos produtos: Nitrito de Sódio, Hidrazina e Sulfito de Sódio.

INFRAÇÃO 9- Deixou de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, a exemplo de: Hidrazina, Sulfito de Sódio e Inibidor de Corrosão.

O recorrente contesta parcialmente a infração 8, já que a JJF o exonerou do imposto em relação ao nitrito de sódio. Contesta em sua totalidade a infração 9.

Em síntese, entende ele que os produtos objeto da autuação fiscal estão indiscutivelmente atrelados ao seu processo produtivo, os caracterizando como produtos intermediários já que consumidos ao longo desse processo, inclusive conforme laudo técnico que havia anexado aos autos. Requer a improcedência das infrações por ferir o princípio da não cumulatividade do imposto.

Não se contesta que a Constituição Federal determina de que o ICMS é não cumulativo (art. 155, § 2º, inciso I, da CF/88). Entretanto, este mesmo artigo e parágrafo constitucional também determinam (inciso XI, “c”) que cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto. A Lei Complementar nº 87/96, em obediência ao comando constitucional, assim também se posiciona (art. 19 e 20). Contudo, no seu art. 33 veda a utilização dos créditos fiscais provenientes das aquisições de matérias de uso e consumo até 01/01/2020 (alteração dada pela Lei Complementar 138, de 2010). A legislação estadual (Lei nº 7.014/96 e RICMS) segue, fielmente, tais determinações.

E o RICMS/97 no art. 93, inciso V, “b” define o que seja material de uso e consumo: *mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação* (§ 11) (Lei Complementar nº 87/96) e no § 1º, I, do citado artigo determina que: *Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que: I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados: a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação; b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso.*

Diante destas determinações, o sistema de crédito do ICMS que prevalece na legislação estadual tem cunho restrito, não comportando ampliações para abranger os materiais empregados na

conservação, limpeza ou reposição de peças de equipamentos e ferramentas, nem produtos utilizados após o término da produção de uma mercadoria, E tal entendimento decorre da interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico nacional e expresso na Lei Complementar nº 87/96, Lei Estadual nº 7.014/96 e do Regulamento do ICMS (Decreto nº 6.284/97). No mais, este Conselho de Fazenda assim tem se posicionado, ou seja, entende que os produtos não diretamente afetados ao processo de produção ou extração não geram direito de crédito fiscal.

Pelo exposto, necessário torna-se que seja observada a efetiva utilização, na atividade fabril do autuado, dos produtos cujos créditos foram glosados, vez que se determinado produto pode ser definido como material de uso e consumo a um estabelecimento fabril, em outro, ele é considerado matéria-prima ou produto intermediário. Além disto, embora todos os dispêndios realizados façam parte do custo do produto acabado, nem todos fazem parte do custo industrial, a título de insumos ou produtos intermediários.

No processo produtivo da empresa e com base na análise pelo próprio recorrente realizada, os produtos são usados no tratamento da água de refrigeração para evitar corrosão, incrustação e formação de colônias de micro-organismos que ocasionariam desgaste nos seus equipamentos, visando, portanto, a sua conservação. Dessa forma, são produtos cuja utilização não afeta diretamente o produto acabado, *por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação*. Ou seja, ainda que sejam utilizados no processo industrial não estão a ele diretamente vinculados, enquadrando-se como materiais de uso e consumo.

E esta mesma linha de condução deve ser observada para os produtos de tratamento dos efluentes, processo posterior à produção da atividade fabril do recorrente. Observa-se que as regras de preservação do meio ambiente, das quais cumpri a CETREL, embora indispensável para tal preservação, não transforma, dentro do que tudo aqui exposto, os produtos ora autuados em produtos intermediários à produção.

Diante do exposto, o direito à utilização de seus créditos fiscais está condicionada aos prazos previstos na legislação vigente, sendo indevida sua utilização durante todo o período fiscalizado.

Por essas razões, concluo que a exigência fiscal de que cuida da infração 08 é devida, e, por consequência, o lançamento relativa a infração 09, ou seja o pagamento da diferença de alíquota dos produtos ora autuados, mantida, assim, a Decisão recorrida.

INFRAÇÃO 11 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento.

Preliminarmente me pronuncio a respeito da alegação recursal de que os autuantes não cumpriram, na última diligência levada a efeito o que solicitou esta CJF em relação ao item 1 da diligência (elaborassem o novo levantamento fiscal adotando como base de cálculo o campo do valor da base de cálculo do ICMS próprio, pois nele consta a redução da base de cálculo e/ou isenções), bem como não havia sido intimado a apresentar todas as notas fiscais base da autuação. Portanto, o novo levantamento fiscal havia sido produzido, apenas, com base nas cópias das notas fiscais que havia apensado aos autos por amostragem. Como tais afirmativas apresentou argumento de cerceamento de defesa.

Antes de qualquer Decisão, me pronuncio a respeito desta argumentação.

Quanto ao primeiro argumento, entendo equivocado o argumento do recorrente. Ao solicitar cópias das notas fiscais, este foi o caminho percorrido pelos autuantes.

Quanto à afirmativa de que não havia sido intimado a apresentar os documentos é afirmativa que vai de encontro às provas dos autos.

1. Foi aberta Ordem de Serviço pela SAT para realização da diligência. Sendo ela aberta, o

procedimento imediato é a intimação.

2. Embora os autuantes não tenham acostado aos autos, inicialmente, as intimações que fizeram, posteriormente, as apresentaram. Mesmo que tenham sido elas feito por e-mail, meio não adequado para a sua realização, a empresa tomou conhecimento, se pronunciou e pediu informações, superando, assim, alguma falha processual que, porventura, possa ser arguida. E para melhor conhecimento temos as seguintes provas:
  - No dia 16/12/2013 o autuante, Sr. José Francisco dos Santos, enviou e-mail à BRASKEM, aos cuidados do Sr. Rogério Marques Novaes, para que fossem entregues cópias das notas fiscais base da autuação.
  - Em 19/12/2013 o Sr. Rogério Marques Novaes, via e-mail, solicitou telefone para contato, o que foi atendido no mesmo dia.
  - Neste mesmo dia (19/12/2013) o Sr. Rogério Marques Novaes enviou outro e-mail ao autuante, Sr. José Francisco dos Santos, com os seguintes dizeres: *“Conforme falamos, no dia 06.01.2014 entraremos em contato para agendarmos a entrega da documentação solicitada. Boas Festas”*.

Em assim sendo, não vejo causa para se alegar cerceamento de direito de defesa.

A respeito da afirmativa do recorrente de que os autuantes se basearam nas cópias das notas fiscais que havia apensado aos autos por amostragem, é outra afirmativa de fácil contestação. Além de restar provado de que o levantamento, conforme categoricamente afirmado pelos autuantes, teve por base a documentação fiscal apresentada pela empresa quando solicitada a fazê-lo, o demonstrativo de fl. 932 é completamente diferente (mesmo que se leve em consideração a inclusão do valor do imposto exonerado pela JJF e a não exclusão dos brindes) e com valor mais elevado, havendo, inclusive, imposto a ser exigido em praticamente todos os meses autuados, o que não se dar com o último saneamento realizado.

Se existe, ainda, alguma falha a ser saneada, esta é questão de mérito que se verificará adiante e não pelo argumento trazido na manifestação recursal.

E, por fim, para que não reste qualquer dúvida a respeito desta infração já que o recorrente alega que a JJF desconsiderou o fato de que na sua defesa inicial havia abordado a questão de que muitas das operações autuadas estavam sob o manto da isenção/redução da base de cálculo, ressalto neste momento que de fato este argumento foi apresentado (fl. 437). No entanto, a própria empresa dar a entender que o abandona ao assim expressar: *“No entanto, em vista da infinidade de operações que foram contempladas com tais inconsistências, em contraposição ao ínfimo valor que a maioria destas representa no contexto da autuação, a Impugnante se restringirá* (grifo), *neste momento, a demonstrar o equívoco cometido pelo preposto Fazendário, ao listar no seu levantamento a Nota Fiscal nº 166.681, cujo valor exigido corresponde a mais de 92% do total da autuação.”* E adiante conclui: *“Diante disto, resta evidenciado que o levantamento elaborado pela fiscalização deve ser retificado* (grifo), *para excluir da relação das operações objeto da autuação, a transação acobertada pela Nota Fiscal nº 166.681.”*

Inclusive na fase de instrução processual tal infração foi objeto de diligência, dentro dos parâmetros estabelecidos pela empresa. A empresa, quando se manifesta a respeito da diligência levada a efeito, embora novamente toque no fato, passa de pronto a outro argumento, ou seja, de que havia adimplido todo o imposto exigido, demonstrando (fls. 604/633) que os valores da base de cálculo apresentado pelos autuantes foram os corretos.

O n. relator no seu voto, diante da defesa apresentada e da condução processual, abordou todos os demais argumentos da impugnação.

Após tais considerações, passo ao Recurso interposto.

O recorrente volta então com o argumento de que não foi considerado, para apuração do

imposto, que diversas mercadorias autuadas foram adquiridas com redução de base de cálculo ou se encontravam albergadas pela isenção.

O norma regulamentar (RICMS/97), estabelecia em seu art. 7º, III, “a” e “b” que não é devido o pagamento da diferença de alíquota se a operação de remessa for realizada com não-incidência do imposto ou com isenção decorrente de convênio.

Por outra banda, seu art. 72, I dispunha que para fins de pagamento da diferença de alíquota relativo a operação com redução da base de cálculo decorrente de convênio, a apuração do valor a pagar será feita em função do mesmo valor resultante daquela redução.

Os produtos autuados são diversos e entre eles se encontram: sal beneficiado para processo, PRCP-008 – impresso geral, impressos, chuveiro, impresso formulário contínuo, PRCP-008 – brindes, materiais para isolamento tecn, computadores, kit FAB. ABB, tubo teste, junta para placa, produto genérico, válvula diafragma, mátrias para manutenção, flange resina, vacinas, etc. (fls. 261/297).

Por outro lado, a empresa apensou aos autos (fls. 634/678) exemplos de três meses (um mês para cada exercício de 2006, 2007 e 2008) onde consta, em relação a algumas notas fiscais autuadas, que existiu a redução de base de cálculo, não considerada.

Ao comparar, apenas, o valor de uma nota fiscal autuada (nº 32.902 – fl. 274; produto: VGA 216WCB RR 300 4 e sem que tenha sido a referida nota fiscal desmembrada por produto) e o levantamento feito pelo recorrente (fl. 655) em primeiro, os valores de base de cálculo eram diferentes, em segundo, demonstrava o recorrente de que tal produto possuía redução de base de cálculo e, em terceiro, o n. autuante nos seus levantamentos fiscais não indicou para qualquer produto que os cálculos foram feitos levando em consideração qualquer redução de base de cálculo.

Diante da dúvida instalada, esta 2ª CJF juntamente com a PGE/Profis, por quase dois anos e após três diligências, perquiriu a busca da verdade material, que, finalmente, foi estabelecida através do resultado da última diligência levada a efeito, ou seja, foram excluídos os brindes, o sal beneficiado e o ácido clorídrico. Com base na documentação apresentada pela empresa os autuantes informaram que recalcularam todos os produtos com base de cálculo reduzida.

O recorrente na sua última manifestação, ainda insurge-se com o mesmo argumento de que a redução de base de cálculo não foi realizada, que, como já visto, não espelha a realidade.

No mais, trouxe aos autos exemplo das notas fiscais 348 de 25/09/2007 e 6748 de 10/07/2008 informando de que na base de cálculo das referidas notas fiscais constava tal redução e que faziam parte do Convênio ICMS 52/91. Não trouxe aos autos qualquer prova do que alegou, conforme determinações do art. 123, do RPAF/BA. Assim sendo, não vejo como aceitar tal pedido, pois além de não trazer a cópia, pelo menos, dos documentos fiscais, não indicou em que item do anexo do referido convenio, e para a sua atividade, uma “válvula macho 2 vias A395 Flg F R 150” e “telaios moveis célula cloro SO da Denora” estão inseridos.

Por tudo exposto, mantenho a infração 11 com o valor do imposto apresentado pelos autuantes quando da última diligência e constante da fl. 1015 e demonstrativos de fls. 1016/1026 dos autos, conforme a seguir indicado.

**DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 11**

MES OCORRENCIA	ICMS	MULTA (%)
JANEIRO/2006	1.324,94	60
SETEMBRO/2006	1.580,07	60
SETEMBRO/2007	3.492,94	60
JULHO/2008	3.720,73	60
<b>TOTAL</b>	<b>10.118,68</b>	

Passo a Decisão do Recurso de Ofício em relação aos fatos que geraram a sucumbência do Estado.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS referente a bens do ativo imobilizado que tenha sido alienado antes de decorrido o prazo de cinco anos, contados da data de sua aquisição ou recebimento.

Os autuantes, ao constatarem a saída por desincorporação de bens do ativo imobilizado do estabelecimento, relativo à remessa para conserto sem retorno e constantes na nota fiscal nº 34936, procederam ao estorno do crédito fiscal. Concorro com a JJF de que o imposto não poderia ser apurado através da nota fiscal de remessa e sim através das aquisições dos eixos dos motores da casa de cédula (mercadoria enviada para conserto).

Além do mais, não foram observadas as determinações, não do inciso III do § 17 do art. 93 do RICMS/97 como entende o autuado, e sim do seu inciso V, que assim determina:

Art. 93. ....

*V - na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos, contados, da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio.*

Ao analisar a forma como a fiscalização apurou o imposto, além de tomar por base a nota fiscal de remessa (fl. 145), ainda se equivocaram quanto:

1. A data da nota fiscal de remessa não é 20/10/2006 ( fl. 143) e sim 20/12/2006. Neste caso, se o crédito fiscal fosse apurado de forma correta, ele somente poderia ser glosado a partir de abril de 2007, quando ocorreu (não havendo prorrogação), legalmente, a desincorporação dos bens, conforme dispõe o art. 627 e seus §§ 3º, 4º e 5º, do RICMS/97.
2. Embora os autuantes afirmem que a partir de novembro de 2006 seria o 11º mês da aquisição das mercadorias descritas na referida nota fiscal de remessa, não provaram (fl. 144).
3. Não resta provado nos autos que o contribuinte utilizou tais créditos, fato inclusive alegado pela defesa, que trouxe os autos documentos para comprovar seu argumento. Em manifestação, os autuantes não se manifestarão sobre tais documentos (CIAP de novembro de 2006). No mais, em análise superficial desta documentação, todos os indícios leva a se entender pertinente o argumento de defesa.

Pelo exposto, mantenho em sua totalidade a Decisão recorrida.

INFRAÇÃO 6 - Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, visto que não comprovou a utilização do ativo imobilizado em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, conforme exigido no inciso XLVIII do art. 343 do RICMS/BA.

O no art. 343, XLVIII, do RICMS/97 determinava ser diferido o lançamento do ICMS incidente sobre *“importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, e atestado em declaração firmada pelo interessado, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação”*.

Assim, o cerne da questão ora posta não é, como pretendeu a empresa, de que realizou as importações das mercadorias sob o manto do diferimento, mas sim, se diante deste procedimento havia, de fato, utilizado tais mercadorias no processo de implantação ou ampliação da planta de produção, conforme comando regulamentar.

Esta questão foi resolvida através de diligência requerida pela JJF. Fiscal estranho ao feito, lotado na ASTEC/CONSEF e através do Parecer nº 44/2011 (fls. 576/577), atestou que as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 0753 objeto da autuação (fl. 221 - painéis ou armários) estavam integradas ou interligadas por fios, que se conectavam as linhas de produção, demonstrando não haver dúvida quanto à destinação deles no ativo imobilizado da empresa. Afirma, ainda, que os anexos que lhe foram entregues pela empresa detalham a utilização de tais painéis no processo de automatização e operação da área industrial.

Diante desta situação, a infração resta descaracterizada, não merecendo reparo a Decisão recorrida.

INFRAÇÃO 8 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, inerente aos produtos: Nitrito de Sódio, Hidrazina e Sulfito de Sódio.

Caminhou corretamente a JJF diante da análise, *in loco*, realizada por fiscal estranho ao feito. (fl. 577), que no seu Parecer assim se expressou (PARECER ASTEC/CONSEF nº 44/211)

*“Foi demonstrado em power-point, o processo produtivo da soda em escamas, como ocorre a utilização do nitrito de sódio como um insumo que, junto ao nitrato de potássio e ao nitrato de sódio, resulta numa substância que se chama de “mistura eutética”, que corresponde a um “sal térmico”; este “sal” opera a uma temperatura de 450° C, aquecendo a área de produção de soda em escamas; o sistema funciona com um tanque onde fica depositado o “sal”, uma bomba centrífuga e um trocador de calor. A soda líquida entra no trocador com a concentração em 73% e é desidratada, de forma a aumentar a concentração da soda para 96% (esta desidratação só com a troca de calor com o “sal”); em seguida, a soda é enviada para um rolo escamador, para se proceder à escamação da soda. Neste processo, o nitrito de sódio (NaNO<sub>2</sub>) se consome, porque é oxidado e se transforma em nitrato de sódio (NaNO<sub>3</sub>). Assim, faz-se necessária a reposição do nitrito no sistema, para se manter a concentração eutética. Logo, sem a utilização do nitrito, o processo não seria possível”.*

Voto pela manutenção da Decisão recorrida quanto a infração 8.

INFRAÇÃO 10 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, a exemplo de Hidróxido de Sódio e outros.

As mercadorias foram as seguintes: hidróxido de sódio, sal purificado e ácido clorídrico (levantamento às fls. 234/257).

A empresa, quando de sua impugnação, sustenta que as operações se trataram de transferência de bens, não sendo operações de aquisições de mercadorias e que os bens recebidos em transferência foram empregados no seu processo produtivo e não adquiridos para fins de comercialização.

Os autuantes, quando prestaram sua informação (fl. 528/529) afirmam que a empresa recebeu tais produtos por transferência para comercialização, pois assim registrou em sua escrita fiscal, recolhendo normalmente, e inclusive em vários meses, a antecipação parcial. Que a autuação somente exige a diferença não recolhida nos meses de dezembro de 2005 e maio e agosto de 2007.

A JJF converteu os autos em diligência à ASTEC/CONSEF para que fosse averiguado (*in loco* e na escrita fiscal) se de fato houve a comercialização dos produtos em questão como apresentou os autuantes, já que eles fazem parte do processo produtivo da empresa.

Diligente fiscal (Parecer nº 44/2011 da ASTEC/CONSEF - fls. 576/577) informa que não identificou nenhuma saída dos produtos constantes nas notas fiscais, embora tenha analisado os livros e documentos fiscais da empresa. Ressalta de que não pode certificar em sua totalidade o que afirmava, pois necessitava realizar uma varredura por completo nas operações de vendas, procedimento somente viável, sem a possibilidade de falha, por uma consulta nos arquivos SINTEGRA, o que extrapolava a sua competência.

Em assim sendo, embora entenda que a Decisão recorrida não deve ser reformada, a questão aqui não é de que os produtos em questão fazem parte do processo produtivo do estabelecimento autuado e sim, se existe prova material de que tais produtos não foram empregados no processo produtivo da empresa, ou seja, se eles foram, como adquiridos, comercializados.

Estas provas não foram carreadas aos autos. O que se atestou, embora não de maneira definitiva, é que a empresa não realizou qualquer operação de venda. Caberia aos autuantes verificar, de maneira minuciosa, se tais vendas foram ou não realizadas. O fato da empresa ter recolhido o imposto, a princípio, pode levar a um indício de vendas, porém não atesta de forma efetiva de

que elas foram realizadas.

Em assim sendo, existindo dúvidas quanto ao fato concreto, a Decisão da JJF é mantida.

INFRAÇÃO 11 - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento.

A JJF, na fase de instrução processual, verificou que a Nota Fiscal nº 166.681 foi emitida como “operação de simples faturamento” (CFOP 6922 – simples faturamento para entrega futura), conforme argumentou e provou a empresa (fl. 437 e 509), inclusive emitida sem destaque do imposto. Solicitou ao diligente fiscal da ASTEC/CONSEF que a excluísse da autuação, vez que tal documento fiscal não se presta para apuração da exigência ora em discussão, o que entendo procedimento correto.

Ao excluí-la do levantamento fiscal, o valor do ICMS relativo ao mês de julho/08 passou de R\$351.768,84 para R\$3.768,84.

Estando correta a Decisão da JJF, somente com ela posso concordar.

INFRAÇÃO 12 - Deixou de recolher o ICMS, relativo ao fornecimento de mercadorias com prestação de serviço não compreendida na competência tributária do município, na qualidade de substituto tributário de seus fornecedores do serviço de transmissão de energia elétrica localizados em outras unidades da Federação, em relação ao ICMS incidente nas operações de transmissão de energia elétrica.

A sucumbência do Estado nesta infração tem por base erro material quando do preenchimento do DAE pela empresa do valor de R\$270.650,69, valor exatamente igual ao ora exigido. O impugnante fez constar no referido documento de arrecadação estadual o CNPJ de outro estabelecimento seu, gerando com tal procedimento a exigência do imposto. Trouxe, aos autos, documentos (fls. 706/712) visando comprovar as suas operações de aquisições interestaduais de energia elétrica, que originaram o ICMS, ora exigido, discriminando os números das notas fiscais de aquisições, os fornecedores da energia elétrica adquirida, bem como o ICMS incidente sobre tais operações. Diligente fiscal, a pedido da JJF, comprou este erro material.

Diante do exposto, somente posso manter a Decisão recorrida.

INFRAÇÃO 13 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, ao não apresentar DAE correspondente ao pagamento do ICMS referente às operações de serviço de transmissão de energia elétrica com vencimento em fevereiro/07 (R\$21.209,01) e julho/07 (R\$270.562,44), de modo a fundamentar o lançamento do crédito no Registro de Apuração de ICMS.

Em relação ao mês de fevereiro de 2007, o impugnante, conforme fl. 514 dos autos, comprovou o recolhimento do imposto ora exigido, fato este realizado em 09/02/07, apenas indicando no referido documento de arrecadação o período de referência como de 01/07.

Quanto ao mês de julho/07, inclusive buscada a verificação através de diligência por fiscal estranho ao feito, o contribuinte havia recolhido o imposto conforme faz prova o DAE à fl. 510 dos autos. Inclusive a empresa provou, através de cópia do livro RAICMS do seu estabelecimento inscrito no CNPJ 42.150.391/0017-38, como consta no DAE (fls. 511/513), que este estabelecimento não se creditou do montante recolhido a título de ICMS substituição tributária – energia elétrica.

Em assim sendo, tem ela o direito de creditar-se deste valor.

E, por fim, como bem pontuado pela JJF, a diferença apontada pelos autuantes entre o valor recolhido (R\$ 270.650,69) e aquele do qual o autuado se creditou (R\$ 270.562,44) corresponde ao percentual da energia elétrica utilizada no setor administrativo, percentual este que não gera direito a crédito.

Por tudo exposto, a Decisão recorrida em relação a esta infração é mantida.

Em conclusão, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar PROCEDENTE EM PARTE a infração 11, mantendo inalterada a Decisão da JJF em relação às infrações 1, 8, 9 e PREJUDICADO o Recurso quanto as infrações 2, 5 e 7. Quanto ao Recurso de Ofício interposto, voto pelo seu NÃO PROVIMENTO. Solicito que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos pela empresa. O montante do débito do Auto de Infração fica com a seguinte configuração:

INF.	ICMS DEVIDO	MULTA	RESULTADO
1	99.404,63	60%	PROCEDENTE
2	7.905,00	60%	PROCEDENTE
3	0,00	-	IMPROCEDENTE
4	4.334,46	60%	PROCEDENTE
5	76.298,27	60%	PROCEDENTE
6	0,00	-	IMPROCEDENTE
7	11.051,28	60%	PROCEDENTE
8	59.003,58	60%	PROCEDENTE EM PARTE
9	66.789,84	60%	PROCEDENTE
10	0,00		IMPROCEDENTE
11	10.118,68	60%	PROCEDENTE EM PARTE
12	0,00	-	IMPROCEDENTE
13	0,00	-	IMPROCEDENTE
14	9.058,60	60%	PROCEDENTE
15	2.457,40	60%	PROCEDENTE
<b>TOTAL</b>	<b>346.421,74</b>		

#### VOTO DIVERGENTE (Infração 1)

Peço vênia para discordar do voto da Nobre Relatora no que se refere à Infração 1.

Entendo que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular é mera movimentação de bens de um estabelecimento para outro, sendo uma circulação física, onde não há circulação jurídica ou econômica do bem, não constituindo, portanto, fato gerador do ICMS.

Não há hipótese de incidência do ICMS se não ocorre a mudança de titularidade do proprietário da mercadoria, o que, de fato, não ocorreu no presente caso, pois se trata da transferência de mercadoria destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado do seu centro de distribuição para uma de suas filiais.

A Súmula 166 do STJ já pacificou entendimento no sentido que “*não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

Veja que a súmula não faz menção a mesma unidade federativa ou à destinação do bem, pelo contrário, ela é utilizada justamente nos casos em que ocorre transferência interestadual de mercadoria, de um mesmo titular, senão vejamos:

1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. Precedentes: [...]
2. "Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." (Súmula 166 do STJ).
3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: "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;"
4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.
5. "Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de

*mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais." (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37)*

*6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubieademratio, ibieadem legis dispositio. Precedentes: [...] (Resp 1125133 SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010).*

O entendimento também é consolidado no Superior Tribunal Justiça:

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AMEAÇA CONCRETA. CABIMENTO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE MATRIZ PARA FILIAL DA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166/STJ. RECURSO REPETITIVO RESP 1.125.133/SP. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO.*

*(...) In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubieademratio, ibieadem legis dispositio. (Precedentes: Resp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; Resp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994).*

*De fato, entendo que a tributação pelo imposto referido tão somente ocorre quando houver mudança de titularidade da mercadoria. Desimportando, no caso de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, que estes estejam situados em Estados diferentes." (AREsp 069931.Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS. Data da Publicação .21/11/2011)*

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia também já se posicionou sobre o tema. Veja-se da decisão recente proferida pela 3ª Câmara Cível, em 16 de setembro de 2012:

*EMENTA: APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NA OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166 STJ. 1. Não incide ICMS sobre o deslocamento de mercadorias de um estabelecimento de uma mesma empresa, mesmo que entre estados diferentes da federação, vez que não ocorre a circulação jurídica do bem, apenas a movimentação física, ou seja, não há a transferência da titularidade jurídica do bem, inteligência do art. 155, II, da CF/88. Precedentes do STF e STJ. Apelação improvida e sentença mantida, inclusive, em reexame necessário.*

*"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AMEAÇA CONCRETA. CABIMENTO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA DE MATRIZ PARA FILIAL DA MESMA EMPRESA. SÚMULA 166/STJ. RECURSO REPETITIVO RESP 1.125.133/SP. A natureza da operação é a de transferência de produtos entre "estabelecimentos" da mesma propriedade, ou seja, não há circulação de mercadorias, muito menos transferência de titularidade do bem, requisito este necessário à caracterização do imposto, conforme determina a súmula 166 do STJ. Incidência da súmula 83 do STJ." (AgRG no Agravo em Recurso Especial Nº 69.931/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 07 de fevereiro de 2012).*

O Estado não pode engessar seus entendimentos a aplicabilidade ou não de dispositivo de leis, ainda mais em se tratando de legislação de 1996, quando os Tribunais Superiores já se posicionaram exaustivamente sobre o tema.

As súmulas são cristalização das jurisprudências, elas não vinculam na esfera administrativa, todavia sinalizam o caminho que deve ser adotado no judiciário. Assim, a resistência do Estado em flexibilizar sua posição poderá e certamente trará prejuízo ao erário, em uma possível condenação em honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça.

Não podemos nos acomodar à mera aplicação da lei estadual, uma vez que a mesma tem que se coadunar com o CTN e a própria Constituição Federal. Se assim não for, estaremos sempre beneficiando o mau legislador, em detrimento do contribuinte, imputando-lhe um ônus desnecessário, de ter que fazer seu direito ser respeitado na esfera judicial.

O papel do processo administrativo é possibilitar à Administração rever seus próprios atos quando eivados de erro, e assim devemos agir.

Sendo assim, por este fundamento, entendo que o Recurso Voluntário merece acolhimento.

Em vista do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, no que se refere à Infração 1, acompanhando o voto da relatora nos demais pontos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, declarando-o **PREJUDICADO** em relação às infrações 2, 5 e 7, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279196.0001/10-6, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$346.421,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos, inclusive com os benefícios da Lei nº 12.903/2013.

VOTO VENCEDOR (Infração 1) - Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Valtércio Serpa Júnior e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Infração 1) - Conselheiros: Daniel Ribeiro Silva e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

DANIEL RIBEIRO SILVA - VOTO DIVERGENTE  
(Infração 1)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS