

**PROCESSO** - A. I. Nº 271330.0002/06-5  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A.  
**RECORRIDOS** - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0113-03/11  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 09/07/2014

### **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO CJF Nº 0152-11/14**

**EMENTA:** ICMS. 1. REMESSAS DE MERCADORIAS PARA ARMÁZEM GERAL FORA DO ESTADO. FIXAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO EM VALOR INFERIOR AO PREÇO DE VENDA PRATICADO PELO REMETENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovado mediante diligência, que tenha havido pagamento do frete nas operações de saídas para armazém geral em outra unidade da Federação. Mantida a Decisão, considerando os cálculos refeitos mediante diligência realizada na primeira instância, que reduziu o débito original. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Mantido os valores relativos às aquisições de materiais de uso ou consumo, bens aplicados em imóveis por acessão e bens alheios à atividade da sociedade empresarial. Excluídos, mediante diligência, os valores relativos às aquisições de bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia e intrinsecamente relacionada com a produção ou comercialização de bens e serviços. Infração procedente em parte. Reformada a Decisão com redução do débito. 3. IMPORTAÇÃO. a) BASE DE CÁLCULO. MERCADORIAS NÃO AMPARADAS PELO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO. O refazimento dos demonstrativos originais, por meio de diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, implicou em redução do débito apurado. Reformada a Decisão, promovendo a exclusão dos valores apurados por mês, que resultou em agravamento do valor exigido nos demonstrativos originais, com recomendação de serem exigidos em nova ação fiscal. b) FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS. Os cálculos foram refeitos pela ASTEC para excluir despesas de capatazia computadas em duplicidade e incluir pagamentos complementares não considerados, ficando reduzido o valor exigido. Mantida a Decisão. c) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O demonstrativo de débito elaborado pelo autuante não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Infração nula. Mantida a Decisão. 4. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO PAÍS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Item reconhecido 5. DOCUMENTOS FISCAIS. SERVIÇO DE TRANSPORTE. a) OPERAÇÃO SOB A CLÁUSULA CIF. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Item reconhecido. b) OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Não

ficou comprovada nos autos a existência de serviço de transporte que ensejasse a incidência do ICMS. Mantida a Decisão. Infração insubsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Não ficou comprovada nos autos a existência do conhecimento de transporte de cargas no transporte de eteno para AL, solicitado na intimação. Infração insubsistente. Recurso Voluntário prejudicado com relação às infrações 6 e 7, cujo crédito tributário correspondente foi extinto pelo pagamento, nos termos do art. 156, I do CTN e art. 122, IV do RPAF/BA. Rejeitada a preliminar de nulidade e de decadência. Reformada em parte a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. **PREJUDICADA** a apreciação quanto às infrações 6 e 7. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, em razão da desoneração de parte do débito das infrações 1, 3 e 4 e desoneração total relativo às infrações 5, 8 e 9 e de Recurso Voluntário, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão que julgou Procedente as infrações 2, 6 e 7 e Procedente em Parte as infrações 1, 3 e 4.

O Auto de Infração foi lavrado em 28/12/06 e acusa o cometimento de nove infrações totalizando valor exigido de ICMS no valor de R\$11.559.331,15 acrescido da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$600,00, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. *Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias tributadas para armazenagem em outras unidades da Federação com o valor da operação inferior ao valor das vendas na praça remetente (2002 a 2004) - R\$3.631.151,76.*
2. *Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS em função das aquisições de material de uso/consumo do estabelecimento terem gerado crédito fiscal (com tratamento de ativo fixo), sendo apropriado mensalmente 1/48 do valor do imposto destacado e acrescido do valor da diferença de alíquota (2001 a 2006) - R\$2.107.943,63.*
3. *Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto (2001 a 2004). Importações de mercadorias não amparadas pelo benefício fiscal da redução, permitida pelo Convênio 52/91, em função da classificação fiscal (NCM/NBM) das mercadorias discriminadas nas DIs não estarem relacionadas nos anexos do mencionado Convênio - R\$2.800.243,76.*
4. *Recolhimento do ICMS efetuado a menos, pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço e pela utilização incorreta da taxa cambial. Apuração a menos da base de cálculo do ICMS na importação de nafta e de óleos brutos de petróleo (condensado), por aplicação de taxa de conversão cambial distinta da empregada pela Receita Federal na apuração dos tributos federais, não amparada por DI retificadora da taxa cambial. Utilização, ainda, de PIS e Cofins diversos dos apurados pela Receita Federal na DI 04/1277142-4, que embora tenha sido apresentada DI retificadora não modificou os valores dos tributos apurados na DI original - R\$1.605.843,08.*
5. *Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Consta na descrição dos fatos, que foi constatada a falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadoria tributada (catalizador paladium), que ingressou no território nacional através da DI 01/1174472-0 (NF1511 de 17/12/2001) em que se processou o retorno de material saído para reparo através da NF 129340 de*

*02/01/2001. Ocorre que na adição da DI citada tem-se 8,1576 kg de Paládium como importação normal que não teve o respectivo valor de ICMS recolhido - R\$60.065,38.*

- 6. Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação - R\$3.504,55.*
- 7. Deixou de recolher o ICMS em razão de Prestação de Serviço de Transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada. Emissão de nota de débito na efetivação de cobrança de valores de complementação de serviço de transporte em vendas CIF, tendo sido debitados os valores aos clientes e não oferecidos à tributação do ICMS - R\$512.533,75.*
- 8. Deixou de apresentar Documentos Fiscais, quando regularmente intimado. Falta de apresentação de Conhecimento de Transporte de Rodoviário de Cargas relativo ao transporte de eteno para AL, via dutovia, sendo exigida a multa no valor de R\$600,00.*
- 9. Deixou de recolher ICMS em razão de prestação de serviço de transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada. Transporte de eteno de Camaçari para Alagoas via dutovia, por meio de terceiro, sem recolher a substituição tributária sobre o serviço R\$838.045,24.*

A 1ª JF afastou as nulidades suscitadas, por entender que não houve cerceamento do direito de defesa, cujo prazo foi reaberto e não analisado o argumento da inconstitucionalidade da legislação estadual.

Também que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, a empresa compreendeu e se defendeu do que foi acusado, e a existência de possível equívoco no enquadramento das infrações, não implica em nulidade nos termos do art. 18 do RPAF/99.

Quanto à preliminar de decadência suscitada referente ao exercício de 2001, fundamentou que a legislação estabelece o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, e art. 173, I do CTN.

No mérito, fundamentou que em relação às infrações:

*Infração 01. Trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Saídas de mercadorias tributadas para armazenagem em outras unidades da Federação com o valor da operação inferior ao valor das vendas na praça remetente, nos exercícios de 2002 a 2004. Demonstrativo às fls. 17/38 do PAF.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*c) o preço FOB de estabelecimento comercial a vista, nas vendas a outros comerciantes ou*

industriais, caso o remetente seja comerciante (§§ 1º e 2º);

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

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

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

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

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

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

Acatando as informações prestadas pelo preposto da ASTEC, concluo pela procedência parcial desta infração, tendo em vista que foram refeitos os demonstrativos, computando o preço FOB efetivamente cobrado na operação mais recente, tendo sido considerado o reflexo do ICMS embutido dentro do próprio preço. Após as diligências realizadas, considerando as alterações efetuadas, o imposto originalmente apurado ficou reduzido para R\$627.018,48, sendo R\$195.258,46 (exercício de 2002); R\$172.036,84 (exercício de 2003) e R\$259.723,18 (exercício de 2004), conforme quadro abaixo, elaborado com base nos demonstrativos de fls. 1400 a 1405 dos autos e CD à fl. 1399:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Este item foi objeto de diligência efetuada por preposto da ASTEC. No PARECER ASTEC Nº 036/2009 (fls. 1380 a 1398), o diligente analisa cada uma das operações de importação citadas pelo defendente, concluindo*

*que na maioria dos casos, o contribuinte fez o recolhimento do ICMS na importação dos equipamentos com redução da base de cálculo prevista no Convênio 52/91 em valores superiores aos apurados, considerando o percentual de redução. Diz que após análise efetuada e demonstrativos elaborados, com relação às DIs 01/674646-5 e 03/0095848-4 persistia o ICMS a ser recolhido no valor de R\$37.346,83 e R\$1.194,64, conforme planilha às fls. 1625/1626 e CD à fl. 1399.*

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

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

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

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

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

*Conforme nova diligência efetuada, foi informado no PARECER ASTEC Nº 209/2010 (fls. 1766 a 1773) que na diligência anterior, entendeu-se que existia, de fato, duplicidade na despesa de capatazia considerada no demonstrativo de fl. 279, sendo elaborado novo demonstrativo com os devidos ajustes às fls. 1642, reduzindo-se o valor da infração para R\$523.187,85. Também foi informado que na diligência anterior o diligente não levou em consideração as DIs 02/0739789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6. Que após análise do demonstrativo da primeira diligência foi constatado erro de cálculo da DI 303091422. Uma diferença significativa aparece também na DI 306710522, em que o valor do preço CIF de R\$21.927.002,59, aparece com um valor contábil de R\$21.642.744,78, uma redução de R\$287.588,83. Assim, foi elaborado novo demonstrativo de cálculo com as devidas correções, ficando alterado o valor total desta infração para R\$786.045,12, conforme demonstrativo à fl. 1774 dos autos.*

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

*De acordo com o art. 156 do RPAF/BA, ocorrendo evidência de agravamento da infração, o órgão julgador deve representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal. Entretanto, no caso em*

exame, não houve agravamento da infração haja vista que não houve aumento do débito total apurado neste item da autuação. Ao contrário, após a revisão efetuada por preposto da ASTEC, o total do débito originalmente apurado ficou reduzido para R\$786.045,12, e o defendente não contestou os dados numéricos do levantamento efetuado pelo diligente da ASTEC.

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

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

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

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

O defendente alegou que em 02/01/2001, remeteu para conserto no exterior, através da Nota Fiscal de Saída de nº 129340, 40 kg de paládio contido em catalizador exausto (fl. 758). Em 03/12/2001, os 40,69 kg de paládio retornaram ao país por meio da reimportação efetuada através da DI nº 01/1174472-0 (fls. 759/764), em quantidade equivalente a 40,686 kg do produto. Através da mesma DI foram também importados 8,1576 kg de paládio sobre os quais está sendo cobrado o ICMS correspondente através do presente lançamento. Alega que a fiscalização indica que a mercadoria objeto da autuação estaria acobertada pela Nota Fiscal de Entrada de nº 1511, mas essa Nota Fiscal acoberta apenas a entrada dos 40,686 kg de paládio que foram remetidos para conserto no exterior, portanto, a mencionada NF 1511 não materializa a entrada no estabelecimento do paládio que foi importado do exterior através da DI em análise. Também alegou que o critério utilizado pelos autuantes para fins de apuração da base de cálculo do ICMS nos retornos de conserto ao exterior não obedece ao disposto no art. 626 do RICMS, que determina que a base de cálculo deve corresponder à diferença entre o valor da mercadoria remetida e o constante na Declaração de Importação, acrescido dos tributos federais acaso incidentes, bem como as despesas aduaneiras, ou seja, a base de cálculo não está em conformidade com o previsto no § 1º do art. 626 do RICMS-BA.

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

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

Na última manifestação apresentada, o defendente confirmou que as NFs 1510 e 1548 (fls. 1676/1677)

*registram a entrada em seu estabelecimento de novo catalizador, o qual tem sua base de cálculo composta tanto pelos 40.686 kg. de paládio remetidos ao exterior para conserto, quanto pelos 8,1576 kg. dessa substância, cujo ingresso se deu pelo regime normal de importação.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Com relação à infração 6 (falta de comprovação de Exportação - Demonstrativo à fl. 283), fundamentou que a empresa alegou não ter conseguido localizar documentos, relativos a Nota Fiscal nº 136.279, e não tendo comprovado a efetiva exportação da mercadoria, concluiu pela procedência desta infração.*

*No tocante à infração 7 (falta de recolhimento do ICMS relativo a valores de complementação de serviço de*



transporte, debitados aos clientes e não oferecidos à tributação - fls. 284 a 287), apreciou que os valores cobrados a título de sobreestadia, correspondente ao tempo de descarga de navio (fls. 766/788), foram repassados ao destinatário e deve ser considerado como complementação de serviço de transporte em vendas CIF, nos termos do art. 54, I, "a" e "b" do RICMS/BA (art. 17, I, §1º, II, "a" e "b" da Lei 7.014/96). Concluiu pela procedência desta infração.

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

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

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

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

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

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

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

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

*Os autuantes discordam do posicionamento adotado pelo diligente da ASTEC, dizendo que acostaram aos autos ordem bancária em favor do Consórcio Etenoduto, mas o autuado não apresentou a composição das despesas.*

*Reconhece que a forma de apuração do débito é que pode ser discutida.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO
1	PROCEDENTE EM PARTE	627.018,48
2	PROCEDENTE	2.107.943,63

3	PROCEDENTE EM PARTE	38.541,47
4	PROCEDENTE EM PARTE	786.045,11
5	NULA	-
6	PROCEDENTE	3.504,55
7	PROCEDENTE	512.533,75
8	IMPROCEDENTE	-
9	IMPROCEDENTE	-
<b>TOTAL</b>	-	<b>4.075.586,99</b>

A JJF recorreu, de ofício, desta Decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 1849/1888). Inicialmente apresentou um resumo das acusações, argumentos e provas juntados com a defesa e da Decisão da JJF.

Inicialmente pontua que com relação aos débitos remanescentes das infrações 3 e 6, em que pese o fato de não ter encontrado todos os documentos fiscais para elidir a acusação, está convicta que não violou a legislação de regência da matéria e continua procurando os documentos fiscais.

Preliminarmente reitera a preliminar de decadência relativa às exigências do exercício de 2001, com base no art. 150, § 4º, e do art. 156, VII, do CTN. Destaca que não merece prosperar o fundamento do relator com base na legislação estadual, em razão de que o art. 146, III, “b” da Constituição Federal determina que cabe a lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência.

Ressalta que a Lei nº 8.212/91 no seu art. 45 alargou o prazo decadencial para dez anos em relação a contribuições previdenciárias o que foi rechaçado pelos Tribunais Superiores. Inclusive o Superior Tribunal Federal consolidou o posicionamento na Súmula Vinculante nº 8. Conclui que deve ser aplicado o disposto no art. 150, §4º do CTN relativo aos fatos geradores de 2001.

No mérito, ressalta que à infração 1 acusa recolhimento a menos do ICMS, em razão de ter dado saída a mercadorias para armazenagem em outras unidades da Federação, utilizando base de cálculo valor inferior ao preço praticado nas vendas realizadas na praça remetente.

Comenta a realização da primeira e segunda diligência fiscal, que promoveu exclusão de notas fiscais, ajuste do preço unitário (art. 56, III, ‘b’ do RICMS) e consideração do reflexo do imposto calculado às alíquotas de 17% e 18%, embutido nos preços. E na segunda diligência, para aplicar alíquota de 12%, prevista para as operações interestaduais, o que resultou em redução do débito de R\$3.631.151,76 para R\$627.018,48.

Pondera que, no débito remanescente grande parte está mensurado com base em operações realizadas na praça remetente majoradas pelo frete e pelo seguro, faltando consonância com o disposto no art. 56, III, ‘b’ do RICMS/97, observados os critérios previstos no § 1º do mesmo artigo.

Entende que a base de cálculo a ser adotada deve ser o preço FOB à vista da operação mais recente, comparando com o preço unitário das remessas para estocagem com o preço unitário da última venda à vista do mesmo produto. Deve excluir as despesas com frete, incluídas no preço unitário dos produtos, o que ocorreu em algumas operações, conforme cópias de algumas notas fiscais de vendas (fls. 1889/1901) e demonstrativo à fl. 1864, trazidas por amostragem, que foram utilizadas como parâmetro para cotejar com as notas fiscais de remessa para armazenagem.

Requer que sejam expurgadas as notas fiscais utilizadas pela fiscalização com cláusula CIF, o valor correspondente ao frete e ao seguro. Requer realização de nova diligência nesse sentido.

No tocante à infração 2, afirma que foram estornados créditos fiscais relativos a aquisições de bens de ativos destinados a projetos de ampliação e modernização, alegando ser de materiais para uso, o que procurou demonstrar na defesa e foi objeto de realização de diligências fiscais.

Ressalta que na primeira, o diligente afirmou que os créditos fiscais escriturados decorriam de aquisição de peças adquiridas para compor maquinário de projetos de ampliação e modernização.

Diante da contestação dos autuantes (fls. 1706/1710) de *que os projetos apresentados (2003) não guardam relação com as notas fiscais objeto da autuação (2001), o processo foi encaminhado novamente à ASTEC, que no Parecer ASTEC nº 209/2010, confirmou ter sido juntados projetos de 1997 e 1999, enquanto que as notas fiscais relacionadas a tais projetos eram datadas de 2001 a 2003. Também que o objeto dos projetos dizia respeito à substituição de componentes e “não a uma ampliação, como alega o autuado” (fls. 1766 a 1773), posição acatada pelo julgador.*

*Pondera que, mesmo que existam projetos de 1997 e 1999, não significa que não estejam vinculados às notas fiscais de 2001, 2002 e 2003, face à complexidade da execução nas indústrias petroquímicas. Reitera que são vinculados à produção e com as notas fiscais objeto da autuação.*

Passa a demonstrar, o objeto dos projetos de ampliação e/ou modernização:

PROJETO Nº 6008 - DUTO DE NAFTA RLAM –TERMINAL/COPENE: otimizar o fluxo da Nafta da RLAN à BRASKEM, adequando o duto às normas ambientais, minimizando riscos e incêndios;

PROJETO Nº 6023 - NOVO FEIXE DO P-5304 A: revitalização do trocador P-5304 A, evitando acúmulo de fluído sujo no casco dos tubos aletados, para as caldeiras de IHI.

PROJETO Nº 6077 - QUEIMA DE RAP NA GV-5301 A: proceder ao alinhamento de tubulação, para aumentar a capacidade de queima de gás na Unidade e flexibilizar a queima de RAP.

PROJETO Nº 8020 - RETROFITING CONTADORES DE 4,16 Kv: Revigorar as UP-1, UP-2 e UA, aumentando a qualidade de operação, eliminando falhas com diminuição de perdas na produção.

PROJETO Nº 9103 – TURBOEXPANSOR: Ampliar desempenho, evitar perda de carga no trocador EA-1314 - “cold-box”, viabilizar uso da corrente de Metano frio para resfriamento dos Secadores.

PROJETO Nº 9111 - DESVIO DE CARGA DA DA-4302: Contornar instabilidades operacionais nas Desmetanizadoras, para maximizar a produção de Etileno - Ampliação do estabelecimento.

PROJETO Nº 9132 - INTERLIGAÇÕES DE UTILIDADES PARA O “SITE” MONSANTO: Investimento estratégico, antecipa à inauguração da fábrica da Monsanto para fornecer utilidades (água de incêndio, vapor de 15 e 42kgf/cm<sup>2</sup>, água desmineralizada, água clarificada, nitrogênio e ar).

PROJETO Nº 8021 - SUBSTITUIÇÃO DO ALIMENTADOR 13,8 KV DA ABB-SERVICE: Modernizar o alimentador de 13,8 kv da ABB, promovendo repotencialização através de novos cabos.

PROJETO Nº 6041 - INSTALAÇÃO DE MEDIDOR DE PH NO EFLUENTE ORGÂNICO: Otimizar medição e fluxo de informações de dados de Ph do Efluente Orgânico.

PROJETO Nº 6035 - AQUISIÇÃO DE DUAS ESTAÇÕES DE OPERAÇÃO CENTUM CS: Instalação de Estações de Operação - CS/UA-1, atualizando o sistema, da dinâmica Homem-Máquina do ambiente operacional, conferindo maior eficácia e segurança nas Partidas/Paradas/Emergências.

PROJETO Nº 5991 - SUBSTITUIÇÃO DE EQUIPAMENTOS CLASSE 15 E 72,5 KV: Aperfeiçoar o sistema elétrico, repotencializar Transformadores de Corrente (TC's), Transformadores de Potencial (TP's) e os pára-raios dos sistemas de 230/69/13,8 kv.

PROJETO Nº 5962 - SUBSTITUIÇÃO DE CABOS DE 15KV – CIRCUITO IP DA SE-SEGIN: Utilização dos cabos do circuito da TRIKEM no circuito IP, para prover a iluminação pública interna.

PROJETO Nº 5943 - SUBSTITUIÇÃO CABOS DE 15 KV: Promover segurança na planta fabril.

PROJETO Nº 9134 - SISTEMA DE SEPARAÇÃO DE PESADOS DA A-300: Modernização da A-300, dotando de sistema para separar compostos pesados contidos na corrente de gasolina de pirólise.

PROJETO Nº 6016 - UPGRADE SISTEMA PROTEÇÃO E CONTROLE COMPRESSORES UP-1: Implementar um novo sistema de proteção e controle dos equipamentos GB's.

PROJETO Nº 6070 - FORNECIMENTO DE METANO PELA UP-2 PARA A OXITENO:

Adicionar tubulação que conecte a corrente de metano de alta pressão da UP-2 à LINHA 2''p. 13082.

PROJETO Nº 831061 - REVAMP – UNIDADE DE PIRÓLISE – UP-1: Proceder modificações necessárias ao melhor funcionamento da Unidade.

PROJETO Nº 6060 - INSTALAÇÃO DE TOMADAS CALIBRAÇÃO MEDIDORES MÁSSICOS: Implementação de calibrador móvel, “Prover” Syncrotrak, e medidores de vazão mássica “Micromotion”.

Conclui afirmando que da análise sumária da descrição dos projetos, resta claro e evidente, que os bens adquiridos foram empregados na execução dos projetos destacados em Memoriais já acostados aos autos, empregados na ampliação e modernização do seu parque industrial. Consequentemente, faz jus ao direito do crédito fiscal de ICMS decorrente das aquisições de bens do ativo imobilizado.

Quanto à infração 4, relativo a ICMS devido na importação de mercadorias do exterior (01/02 a 12/04), ressalta que identificou inicialmente que na sua apuração tinha sido incluído despesas de capatazia em duplicidade e desconsiderado pagamentos complementares, o que foi ajustado pelos autuantes na informação fiscal.

Na diligência fiscal promovida pela 3ª JJF, o diligente no Parecer ASTEC nº 036/2009, constatou o fato de que houve a inclusão em duplicidade das despesas de capatazia e desconsideração de pagamentos complementares, o que reduziu o débito de R\$1.605.843,08 para R\$523.167,85.

Diante de sua manifestação de que no citado Parecer, o saldo devedor remanescente decorria, do cálculo efetuado pela fiscalização quanto às DI's 02/0739789-4; 02/0730793-2; 02/0732443-8; 02/0733500-6, na diligência seguinte, com o Parecer ASTEC nº 209/2010, o diligente, excluiu devidamente os valores das despesas de capatazia que remanesciam em duplicidade, indo além, do que foi determinado pela JJF, na medida que, executou uma revisão de todo o lançamento, mais precisamente em relação às taxas de câmbio o que resultou num débito de R\$786.045,11.

Manifesta que o diligente identificou débitos de ICMS maiores que os lançados, nos períodos 30/08/2002, 28/02/2003, 30/04/2003 e 30/08/2003. Alegou que não poderia ser majorado na diligência fiscal, porém a JJF entendeu que o *art. 156 do RPAF/BA, limita o agravamento da infração, para instaurar novo procedimento fiscal, mas que na situação presente “não houve aumento” do débito total da infração e sim redução de R\$1.605.843,08 para R\$786.045,12.*

*Requer revisão da Decisão, por entender que o art. 150 do RPAF/BA prevê que a diligência tem finalidade investigar a respeito do mérito da questão, visando à elucidação da matéria suscitada, devendo o solicitante definir e delimitar o escopo do trabalho investigativo.*

Ressalta que o art. 142 do CTN e artigos 28, 39 e seguintes do RPAF preveem que, dentre outros requisitos, pressupõem atividade exclusiva de autoridade com competência legalmente designada para efetivar o ato de lançamento e não pode ser modificado pelo diligente.

Por fim, manifesta que a exemplo do mês de agosto/2002, o montante apurado pelo diligente é superior ao original lançado e só pode ser exigida a diferença mediante novo lançamento, ressaltando, que nem poderia ser efetivada por se tratar de fatos geradores de 2003 que decaíram conforme disposição do art. 150, §4º do CTN.

Relativamente à infração 7, que exige ICMS relativo a Notas de Débito de complementação de serviço de transporte, não oferecidas à tributação, esclarece que se referem à *sobreestadias de viagens, do navio Metal Tanque I/L quando da descarga na Ilha Redonda/RJ*, decorrente de reembolso por atraso na entrega da mercadoria (*demurrage*), que entende não englobar o custo da mercadoria, totalizando R\$403.976,99 com valor de U\$625,00 por hora de atraso.

Por fim, requer a improcedência de parte do crédito tributário, por ter operado a decadência e se não acatada, que seja declarada a improcedência das infrações 1, 2, 3, 4, 6 e 7.

A PGE/PROFIS encaminhou o processo em 01/0911 (fl. 1907) para o Gabinete do Procurador Geral do Estado, objetivando obter Parecer uniformizado acerca da decadência, tendo o mesmo sido

devolvido (fl. 1908) opinando que deve ser analisado de acordo com o entendimento anteriormente já adotado pela PROFIS, até que ocorra alteração no art. 107-B, §5º do COTEB.

A PGE/PROFIS emitiu Parecer (fls. 1909/1910), no qual opinou pelo afastamento da decadência, dado a aplicação do art. 150, §4º do CTN, indicando como marco o 1º dia do exercício seguinte.

Com relação à infração 1, que acusa recolhimento a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo (*saída de mercadorias tributadas, para armazenagem em outras unidades da federação, com o valor da operação inferior ao valor das vendas na praça para remetente*).

Diante do argumento da empresa de que inexistia previsão de “base de cálculo expressa para as operações de transferência para armazenagem, aplicar-se-ia o disposto no art. 56, III, “b” do RICMS”, e não existindo transferência de propriedade, deve ser aplicado o disposto no §1º, II do mesmo dispositivo e diploma legal que estabelece: *caso o remetente não tenha efetuado venda de mercadoria, o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da operação ou, na falta deste, no mercado atacadista regional*.

Afirma que após análise do Parecer ASTEC (fls. 1766/1773) não ficou clara como foi aferida a definição da base de cálculo desta infração, e opina pela realização de diligência à ASTEC/CONSEF, aplicando o disposto no art. 56, III, “b”, §1º, II do RICMS/97.

A 1ª CJF decidiu pela realização de diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 1914), no sentido de que com relação à infração 1, fosse intimado a empresa para apresentar os Conhecimentos de Transportes pertinentes às notas fiscais juntadas às fls. 1889 a 1900, comprovantes de pagamentos, escrituração e vinculadas às vendas, com cláusula CIF. Deduzir os valores comprovados.

No tocante à infração 2, intimar a empresa para identificar os bens que constituam MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS e MÓVEIS E UTENSÍLIOS e refazer os demonstrativos às fls. 160/164, considerando equipamentos a exemplo de monitor, scanner, ar condicionado, CPU, impressora, modem, painel de controle, servidor, gravador, nobreak, estante, cadeira, poltrona, módulo e não considerar como bens de ativo peças individuais de reposição, a exemplo de arruelas, cabo, tê, conectores, válvulas, tomadas,...; bens aplicados em imóveis por acessão física, a exemplo de manta, lajota, trilho, etc, e material de consumo, como diskete, cartucho.

O diligente no Parecer ASTEC 42/13 (fls. 1914/1915), com relação à infração 1, informou que intimou a empresa (fl. 1916), mas não foi apresentado comprovação de pagamentos do frete. Também que a empresa afirmou que permanece envidando esforços para apresentar a documentação, motivo pelo qual não refez o demonstrativo.

Com relação à infração 2, diz que diante das planilhas apresentadas em separado (máquinas, equipamentos e móveis e utensílios) foi incluído materiais de consumo a exemplo de abraçadeiras, grampos, niples, conexões. Refez o demonstrativo às fls. 165/276, seguindo a orientação do relator, o que reduziu o débito de R\$2.107.943,63 para R\$1.869.134,74.

O recorrente manifestou se quanto ao resultado da diligência (fls. 1940/1953), inicialmente comenta o teor do Recurso interposto, o teor da diligência e o sua conclusão.

Com relação à infração 1, ressalta que o Acórdão JJF Nº 0113-03/11 acatou provas reduzindo o débito de R\$3.631.151,76 para R\$627.018,48, porém não considerou a base de cálculo a ser adotada nas operações de remessa interestaduais para armazém geral, as majorações com fretes e seguros e que deve ser considerado o preço FOB à vista.

Afirma que mesmo não tendo localizado os documentos solicitados, percebe que a fiscalização utilizou como parâmetro notas fiscais de venda, cujo preço unitário encontra-se majorado pelo frete e pelo seguro. Apresenta demonstrativo à fl. 1946, no qual indica a nota fiscal de remessa para armazenagem, a nota fiscal de venda utilizada como parâmetro e indicação do frete CIF.

Entende que as notas fiscais que reportam operações de vendas estão oneradas com as despesas

de frete, a base de cálculo a ser comparada deve ser a preço FOB (art. 56, III, “b” do RICMS/97).

Requer reforma da Decisão quanto à infração 1, por manter exigência de valores em desconformidade com os critérios estabelecidos pela legislação do ICMS.

Com relação à infração 2, concorda com as exclusões feitas pelo diligente e contesta a glosa de créditos fiscais decorrentes “de peças registradas contabilmente no ativo imobilizado”, vinculado a projetos de ampliação e modernização (fls. 165/276) que foi confirmado em diligências anteriores conforme Pareceres 36/09 e 209/2010 (fls. 1420/1602).

Ressalta que o diligente anterior fez uma análise criteriosa das aquisições de peças e sua aplicação nos projetos, enquanto o novo diligente tomou como base as planilhas que produziu e no Parecer 42/13 relacionou os materiais adquiridos que entendeu não serem ativos imobilizados.

Pugna pela reforma da Decisão quanto à infração 1 e revisão do Parecer quanto à infração 2.

Um dos autuantes se manifestou quanto ao Parecer ASTEC (FLS. 1981/1984). Ressalta que mais uma vez a empresa não apresentou documentos para provar o alegado em relação à infração 1.

Quanto à infração 2, comenta que o Parecerista da ASTEC em seu último parágrafo informa a exclusão de bens nitidamente como ativos, tais como “CPU, estantes, monitores, poltronas, telefones, etc.”, afirmando que a legislação estadual não especifica quais bens devem/podem ser alocados como ativos (art. 93, V, “a” do RICMS/97), deve se considerar as limitações impostas pela Lei das S/A (Lei nº 6.404/76 e 11.638/07) e do Imposto de Renda (Lei nº 9.249/95 e RIR/99).

Transcreve o art. 179 da Lei das S.A, relativo a classificação do ativo imobilizado, o art. 30 da Lei nº 9.249/95 conjugado com o art. 301 do RIR/99, que estabelece limite temporal (vida útil de mais de um ano) e financeiro (acima de R\$326,61) e a previsão de lançamento de operações sem créditos do ICMS relativo a “mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento” (art. 93, §11, 2.1 do RICMS/97).

Entende que para se considerar bens de ativo, devem ser atendidas as condições estabelecidas na legislação federal e estadual, sustentando a ação fiscal crendo que geladeiras, televisores, fogão, televisão adquiridas para equipar um refeitório podem ser alocados como “ativo imobilizado” em atendimento à legislação federal, não tem permissão para utilizar o crédito fiscal do ICMS “já que a atividade do autuado não é no ramo de refeições”. Cita exemplo de projetos de fixação de para-raios e iluminação (fls. 466/469), que são atividades alheias aos estabelecimentos.

Ressalta que a Decisão contida no Acórdão JJF Nº 0025-01/12, negou crédito fiscal de aquisições de material de laboratório (AI 206944.0003/10-3) considerando “alheio à atividade do estabelecimento”.

Conclui afirmando que equipamentos de segurança, de obras civis, móveis, eletrodomésticos e equipamentos utilizados no controle de qualidade, segurança, manutenção, assim como estruturas metálicas aplicadas em obras civis (escada, pisos) não ensejam direito ao crédito fiscal, motivo pelo qual requerem correção do Parecer ASTEC.

A empresa na petição juntada às fls. 1990/1991 informa que optou por beneficiar-se das reduções concedidas pela Lei nº 12.903/13 e formulou termo de confissão de dívida, desistindo da defesa e Recurso no que concerne aos débitos das infrações 6 e 7 (DAEs às fls. 2010 e 2012; SIGAT - fl. 2038).

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 2015/2019, no que tange ao Recurso Voluntário, inicialmente ressalta que seguindo o posicionamento do CONSEF, não há caducidade do lançamento.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que as operações de venda fora do estabelecimento com CFOP 611, a norma aplicável é a fixada no art. 56, I do RICMS/97, incluindo valor de frete e seguro.

Quanto à infração 2, ressalta que se caracteriza como produtos afetos a gerar crédito, numa

perspectiva de regime de crédito físico, as mercadorias transformadas, consumidas, incorporadas ao produto final, bem como material de embalagem. Por opção do legislador, numa abordagem econômica se admitiu a utilização de créditos oriundos de bens do ativo imobilizado e postergou o direito de créditos de bens de uso ou consumo, não merecendo abrigo a tese recursal.

No tocante à infração 4, afirma que a Decisão da JJF definiu que não ocorreu agravamento do débito na diligência realizada que promoveu correção de erro de elemento quantitativo do fato gerador (art. 149, IX do CTN), obedecendo ao princípio da irrenunciabilidade do crédito tributário.

Reportou quanto à infração 7, cuja abordagem deixo de relatar face à renúncia do sujeito passivo.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente, cabe a apreciação do Recurso de Ofício, interposto pela 3ª JJF, em razão da desoneração de parte do débito das infrações 1, 3 e 4 e desoneração total das infrações 5, 8 e 9.

A infração 1, acusa recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo relativo a saídas de mercadorias tributadas para armazenagem em outras unidades da Federação, com valor da operação inferior ao valor das vendas na praça remetente.

Em atendimento à diligência determinada pela 3ª JJF, o preposto da ASTEC, fez a exclusão das notas fiscais relativas a operações que não se tratavam de remessa para estocagem. Também, fez a correção na base de cálculo tomando como referência, o preço FOB da operação mais recente.

Pelo exposto, não há qualquer reparo a ser feito da Decisão recorrida, em vista da primeira providência, já que se trata de provas materiais relativas a operações que não se enquadravam na acusação (remessa em consignação, entrega futura, à ordem – pré-faturamento, vide fls. 1382/1383).

No tocante à base de cálculo da remessa para armazenagem, os autuantes utilizaram o preço médio e a JJF mandou corrigir para que fosse aplicado o preço FOB a vista (art. 56, III, “b”).

A PGE PROFIS opinou que em se tratando de remessa para armazenagem, não tendo havido venda da mercadoria, deveria ser apurada a base de cálculo de acordo como o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da operação, como dispõe o art. 56, §1º, II do RICMS/97. Embora considere correta tal proposição, considerando a natureza das operações, entendo não ser produtor aplicar-se à situação presente.

Verifico que conforme demonstrativos elaborados pela fiscalização (fls. 17/159) e refeito pelo diligente contido no CD (fls. 1399/1405), trata-se de remessa para armazenagem de butadieno, coperaf-I, tolueno, xileno misto, hidrogenado, orto-xileno, entre outros produtos fabricados quase que exclusivamente pela BRASKEM. Portanto, é improvável existir preço destas mercadorias ou de mercadoria similar em mercado atacadista regional.

Por isso, considero adequado, neste caso, as correções que foram feitas pela JJF em diligência fiscal e não merece reparo à Decisão da primeira instância com relação a esta infração, ficando mantida a redução do débito original de R\$3.631.151,76 para R\$627.018,48, conforme demonstrativo à fl. 1824 e CD à fl. 1399. Fica mantida a Decisão.

Quanto à infração 3, relativa a recolhimento a menos do ICMS importação, por utilizar indevidamente redução de base de cálculo de mercadorias não amparadas pelo Convênio ICMS 52/91 (fls. 277/278), a JJF determinou a realização de diligência na qual preposto da ASTEC cujo Parecer 36/09 (fls. 1386 a 1389), refez os demonstrativos considerando as NCMs constantes da DI e a indicada no Anexo I do citado Convênio; recolhimento feito em adição da DI que não foi considerada; ter computado despesas indevidas na base de cálculo, o que resultou em valores remanescentes devidos pelas DIs 01/674646-5 e 03/0095848-4.



Em razão da contestação dos autuantes com relação a divergências de NBM e NCM, no Parecer 209/10 (fls. 1766/773) foi juntado cópia do capítulo correspondente da TIPI, correlata com a NCM prevista no Anexo I do Convênio ICMS 52/91 (fls. 1775 e 1776), provando a correlação dos compressores de gases centrífugos (8414.80.0404 = 8414.14.8033).

Diante destas considerações, tendo sido promovido o saneamento com base na verdade material, deve ficar mantido a Decisão da Primeira Instância (infração 3), com a redução do débito desta infração de R\$2.800.243,76 para R\$38.541,47 (R\$37.346,83 + R\$1.194,64) correspondentes aos meses de julho/01 e fevereiro/03, conforme planilha às fls. 1625/1626 e CD à fl. 1399 do PAF.

No tocante à infração 4, referente a recolhimento a menos do ICMS importação, em razão de erro na determinação da base de cálculo (nafta e de óleos brutos de petróleo), a JJF promoveu diligência cujo Parecer ASTEC 36/09 (fls. 1380 a 1398), fez exclusão das despesas computadas em duplicidade e considerou pagamentos complementares efetuados, conforme demonstrativo à fl. 1642, o qual foi contestado pelos autuantes e autuado (deixou de excluir despesas de capatazia computadas em duplicidade).

Na segunda diligência (fls. 1766 a 1773) o preposto da ASTEC no Parecer 209/10, promoveu novos ajustes, com exclusão de despesas em duplicidade de capatazia (fl. 279); considerou as DI's 02/0739789-4, 02/0730793-2, 02/0732443-8 e 02/0733500-6; corrigiu erro de cálculo da DI 303091422; e valor da DI 306710522.

Também, tendo sido promovido o refazimento dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, em conformidade com o previsto na legislação tributária, deve ficar mantida a Decisão da primeira instância, com valor reduzido de R\$2.800.243,76 para R\$786.045,12 (fl. 1774 e 1827).

Relativamente à infração 5, foi exigido ICMS importação (catalizador paladium) da DI 01/1174472-0 (Nota Fiscal nº 1511 de 17/12/01) relativo a retorno de remessa de material para o exterior para beneficiamento através da Nota Fiscal nº 129340 de 02/01/01, com adição na DI de 8,1576 kg como importação normal, sem o respectivo recolhimento.

A JJF promoveu a realização de duas diligências, sendo que no primeiro Parecer ASTEC 36/09 (fls. 1380/1398) foi informado que: a) não houve incidência de tributos federais (Nota Fiscal nº 1511 – fl. 765); b) a apuração da base de cálculo não foi apurada corretamente (art. 626, §4º do RICMS/97).

No Parecer ASTEC 209/10 (fls. 1766/1773) com a juntada das Notas Fiscais nºs 1510 e 1548 (fls. 1676/1677) o diligente reconheceu que houve emissão de nota fiscal complementar da DI 01/1174472-0, cuja tributação do ICMS não foi considerada no cálculo do valor exigido.

A JJF decidiu pela Nulidade desta infração por incerteza na constituição da base de cálculo.

Pelo exposto, verifico que considerando que a legislação prevê que a remessa da mercadoria para o exterior é contemplada com suspensão e no retorno é tributado apenas o valor acrescido (art. 626, §4º), foi correto o procedimento dos autuantes em exigir o ICMS constituindo a base de cálculo pela apuração do valor da diferença entre o valor da nota fiscal de remessa e de retorno (fl. 282) relativo às Notas Fiscais nºs 129340 e 1511 (fls. 758 e 765).

Ocorre que no saneamento do processo restou comprovado que para a mesma DI 01/1174472-0 foram emitidas Notas Fiscais Complementares de nºs 1510 e 1548 nas quais foram destacados ICMS importação (fls. 1676 e 1677) relativo à mercadoria importada constante da mesma DI e que não foi considerada na exigência fiscal. Observo que os valores do ICMS grafados nas notas fiscais complementares de R\$240.442,70 e R\$8.147,90 superam o exigido nesta infração de R\$60.065,38 o que conduziria à improcedência da infração.

Entretanto, como não foi apurada corretamente a base de cálculo da mercadoria importada, a qual foi apurada indevidamente junto com a mercadoria que retornou beneficiada, fica mantida a Decisão da Primeira Instância, pela nulidade, devido a incerteza na constituição da base de cálculo.

A infração 8, aplica multa pela falta de apresentação de Conhecimento de Transporte de Rodoviário de Cargas (CTRC) relativo ao transporte de eteno por dutovia e a infração 9, referente ao não recolhimento do ICMS pela prestação de serviço de transporte correspondente.

O resultado da diligência determinada pela 3ª JJF comprovou que os valores indicados como de serviço de transporte indicado no demonstrativo às fls. 288/289, correspondem a valores de despesas incorridas com realização de manutenção do etenoduto (fls. 869/911).

Pelo exposto, considerando que o estabelecimento autuado integra o consórcio do etenoduto, sua utilização não configura prestação de serviço de transporte, conforme decidiu a JJF e insubstente o arbitramento da base de cálculo para apurar o imposto exigido na infração 9, bem como a emissão de CTRC por descumprimento de obrigação acessória na infração 8. Fica mantida a Decisão da primeira instância que julgou Improcedente as infrações 8 e 9.

Quanto ao Recurso Voluntário o recorrente insurge-se contra a Decisão da primeira instância em relação às infrações 1, 2, 4, 5 e 7, inclusive decadência dos créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro a novembro de 2001, relativo às infrações 2, 3 e 7.

No que se refere a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente, não merece qualquer reforma a Decisão de primeira instância, fundamentando que a legislação estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97 (art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81), em conformidade com o art. 173, I do CTN. Logo, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2001 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2006 e como o presente Auto de Infração foi lavrado em 28/12/06, não se configurou a decadência do prazo para o lançamento do tributo.

Ressalto que este posicionamento tem respaldo no Parecer da PGE/PROFIS, conforme despacho no Processo PGE 2010.1837030 que revisou o entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009, opinando a aplicação da regra prevista no art. 107-B, §5º do COTEB (fl. 1908).

Quanto à infração 1, a mesma acusa recolhimento a menos do ICMS, por erro na determinação da base de cálculo relativo a saídas de mercadorias tributadas para armazenagem em outras unidades da Federação, com valor inferior ao das vendas na praça remetente.

Conforme apreciado no Recurso de Ofício a 3ª JJF determinou a realização de duas diligências, que resultou em exclusão de notas fiscais que não se tratava de remessa para armazenagem e feita correção na base de cálculo (de preço médio para o da operação mais recente). Estes ajustes reduziram significativamente o valor do débito original de R\$3.631.151,76 para R\$627.018,48.

No Recurso interposto, o recorrente alega que na apuração do débito remanescente, a base de cálculo foi constituída com base no valor das operações realizadas na praça remetente majoradas pelo frete e pelo seguro, o que no seu entendimento contraria o disposto no art. 56, III, 'b' do RICMS/97, e critérios previstos no § 1º do mesmo artigo.

Requer que sejam excluídas as despesas com frete, incluídas do preço unitário dos produtos, a exemplo o que ocorreu em algumas operações (fl. 1864), conforme cópias de notas fiscais de vendas (fls. 1889/1901), cujas operações ocorreram com cláusula CIF, incluído frete e seguro.

Verifico que, conforme esclarecido pelo diligente (fls. 1381 e 1382), a reformulação dos demonstrativos originais das fls. 26/159 foi feita com base nos documentos fiscais requisitados em reunião entre o diligente, representante legal e advogado, que lhe foram entregues em momento posterior em nova reunião no escritório de advogado.

Logo, o refazimento dos demonstrativos originais foram feitos com base nos documentos apresentados pela empresa ao diligente e não considero razoável, fazer diligência para trazer comprovações de suas alegações que constam em documentos fiscais vinculados à sua escrituração comercial e fiscal e que são de sua posse, que poderiam ter sido apresentados, se

fazendo acompanhar de demonstrativos próprios.

Em atendimento ao pedido da empresa, o diligente intimou a empresa (fl. 1916), para apresentar os documentos relativo à contratação, pagamento e escrituração de frete, porém a empresa não apresentou tais documentos, bem como no Parecer ASTEC 42/13 (fls. 1914/1915), informou que a Nota Fiscal nº 189664 (fl. 1889/1901) indica no campo de dados adicionais, que “*o produto será retirado da VOPAC BRASTERMINAIS e não há indicação do transportador*”.

Concluo que, apesar de indicar que a operação foi praticada com cláusula CIF, não se tem conhecimento de vínculo da operação com o transportador, logo a verificação por parte do diligente não pode ser feita, pois caso o produto não tenha sido retirado pelo comprador (FOB), só o estabelecimento autuado é quem pode identificar, se existe, o transportador e valor do frete, que ora, requer excluir da base de cálculo, o que não pode ser feito, por não ter sido comprovado.

No mérito, o recorrente argumenta que nos demonstrativos refeitos pelo diligente foi adotado o “*preço FOB efetivamente cobrado na operação mais recente*” (art. 56, III, “b” do RICMS/97), mas que conforme cópias de notas fiscais juntadas com o Recurso interposto, foi utilizado o preço CIF.

Verifico que na Decisão recorrida, o relator fundamentou que nas operações objeto da autuação mesmo não havendo transferência de propriedade da mercadoria (remessa para armazenagem), deve ser adotada a base de cálculo prevista no art. 56, III, “b” do RICMS/97, considerando “*o preço FOB efetivamente cobrado na operação mais recente*”. Constatado que o art. 56, I do RICMS/97, estabelece como regra geral que a base de cálculo do ICMS nas operações internas e interestaduais é “o valor da operação” no caso de transmissão de propriedade de mercadoria. No caso concreto, se trata de tributação de operações de remessa para armazenagem em outro Estado, que na “falta de valor” (inciso III) prevê o “preço FOB de estabelecimento industrial a vista, caso o remetente seja industrial (§1º)”.

Por sua vez, o §1º estabelece que:

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

*I – o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente.*

Verifico que a Nota Fiscal de nº 189664 relativo à venda de orto-xileno (fl. 1889), como apreciado anteriormente, indica frete por conta do emitente e retirada do produto no armazém geral.

Assim sendo, concluo que o valor adotado pelo diligente na apuração da base de cálculo foi o previsto no art. 56, III, “b” do RICMS/BA, que é o da operação mais recente a preço FOB, entendimento já manifestado no Acórdão CJF 0375-12/07, relativo à mesma matéria e estabelecimento, não merecendo qualquer reforma a Decisão da Primeira Instância com relação à infração 1, com redução do débito original de R\$3.631.151,76 para R\$627.018,48 (fl. 1824 e CD à fl. 1399).

Quanto à infração 2, relativa a estorno de créditos fiscais relativos a aquisições de material de uso ou consumo que a empresa deu tratamento bens de ativo destinados a ampliação e modernização, o recorrente alega que o diligente confirmou que as notas fiscais objeto da autuação estão vinculadas a projetos, mas a 3ª JfF decidiu pela manutenção da exigência fiscal por entender que diz respeito à substituição de componentes e não a uma ampliação, como alegado.

Considerando que no Recurso foi reapresentado fatos e argumentos da impugnação inicial, apreciados na Decisão da primeira instância, cuja diligência procedida (Parecer ASTEC 36/2009 - fls. 1380/1398), analisou extenso grupo de materiais (fls. 165 a 276), desde cabo de força, válvulas, ... computadores ..., ar condicionado, ... e peças aplicadas em maquinários, bem como a dificuldade de vincular a projetos, de expansão, ampliação e modernização do parque industrial.

Considerando a contestação dos autuantes de que as notas fiscais se referem ao exercício de 2001 (fl. 1420) e o projeto de ampliação de 2003 (fl. 1445), motivou nova diligência à ASTEC (Parecer 209/2010 - fls. 1766 a 1773), na qual foi esclarecido que os projetos das fls. 1498 a 1602 (montagem),

não guardam relação com o objeto em discussão, havendo apenas um projeto de 1997.

A 1ª CJF decidiu converter o processo na 3ª diligência à ASTEC (fl. 1914), orientando que identificasse os bens que constituíssem (i) MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS, MÓVEIS E UTENSÍLIOS (ex. ar condicionado, impressora, estante, cadeira...), (ii) peças individuais de reposição (ex. arruelas,...) (iii) bens aplicados em imóveis por acessão física, (ex. manta, lajota, trilho...), e (iv) material de consumo (ex. diskete, cartucho) e que fosse considerado como crédito do ICMS apenas o item “i”, tendo o diligente refeito o demonstrativo original (fls. 165/276), seguindo a orientação da 1ª CJF, o que reduziu o débito de R\$2.107.943,63 para R\$1.869.134,74.

Quanto à contestação do recorrente contra o resultado da diligência (fls. 1940/1953), no que se refere as “peças registradas contabilmente no ativo imobilizado”, afirmando que estão vinculados a projetos de ampliação e modernização, conforme diligências anteriores (Pareceres 36/09 e 209/2010 - fls. 1420/1602), faço as seguintes constatações:

- A) O demonstrativo elaborado na última diligência, gravado no CD à fl. 1925 e cópia impressa 1/105 (fl. 1923/1924), relaciona cabo, junta, arruela, grampo, emenda, fita, tê, perfil, válvula que não configuram máquinas e equipamentos (ativo imobilizado) e sim peças individuais que não integram o “maquinário de seu parque fabril em virtude da implementação de projetos de modernização e ampliação em manutenção ou montagens”, como apreciado na Decisão proferida na primeira instância, ora recorrida;
- B) Da mesma forma, foram mantidos os materiais aplicados em imóveis por acessão física (iii) e de uso/consumo (iv) cujo crédito fiscal não é admitido (art. 93, V, “a” e 97, IV, “c”, RICMS/97);

Quanto à irresignação dos autuantes (fls. 1981/1984), contra o resultado da diligência, manifestando o entendimento de que máquinas e equipamentos alocadas como ativo, devem ser consideradas as limitações impostas pela Lei das S/A e do Imposto de Renda, para se admitir o crédito fiscal do ICMS, faço as seguintes considerações:

- a) A classificação da Lei das S/A objetiva categorizar bens e direitos, determinar custos e despesas, que irão constituir as demonstrações contábeis, seguindo as normas e princípios, para evidenciar a situação patrimonial da sociedade empresarial. A classificação no imobilizado (art. 179) de “*bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia*”, objetiva quantificar o montante de valores alocados para esta finalidade e estimar dispêndios (depreciação) que devem ser levados como redutor do resultado no período e na variação patrimonial. Neste caso, um prédio, automóvel, geladeira, configura ativo imobilizado desde que seja destinado à manutenção das atividades da empresa.
- b) Já a classificação prevista na legislação do Imposto de Renda (temporal ou financeira), por se tratar de imposto sobre a renda (aquisição da disponibilidade econômica), tem como finalidade classificar como despesa operacional (no exercício) ou custo de depreciação a ser apropriado durante a vida útil do bem. O imposto é cumulativo e a vedação estabelecida quanto à alocação da depreciação de bens móveis ou imóveis é de que “*não estejam intrinsicamente relacionada com a produção ou comercialização de bens e serviços*”. Neste caso, pode ser computado como redutor do resultado, a depreciação de bens móveis utilizados nas atividades operacionais, inclusive os utilizados em pesquisa e desenvolvimento de produtos e processos. Dessa forma, o prédio, o automóvel, a geladeira que estejam vinculados a produção, pode ser computada a depreciação.
- c) A legislação do ICMS, por ser um imposto de consumo e não cumulativo, como ressaltado pela PGE, classifica como bens passíveis de gerar crédito fiscal, quando houver pagamento do imposto numa fase, o que será compensado na fase subsequente, quando tributado, “*inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente*” (art. 20 da LC 87/96). Entretanto, postergou o direito de utilizar o crédito fiscal relativo ao uso e consumo e estabeleceu vedação ao direito do crédito quando a “mercadoria” entrada no estabelecimento for integrada ou consumida em processo de industrialização, cuja saída do produto resultante não for tributada

ou estiver isenta do imposto e vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento.

Pelo exposto, a primeira conclusão que se pode tirar é que não se podem vincular integralmente as limitações previstas na Lei das S/A e Imposto de Renda à de utilização de crédito do ICMS, visto que cada uma da legislação, possuem finalidades específicas que nem sempre se coadunam.

A segunda conclusão é que, há uma grande dificuldade na interpretação dos fatos diante de cada processo produtivo, para se aplicar a legislação na identificação do que constitui material de uso, consumo ou de bens que são alheios à atividade dos estabelecimentos.

Dessa forma, interpreta-se que máquinas, equipamentos, móveis e utensílios, de um modo geral não podem ser considerados como bens alheios às atividades do estabelecimento. Uma mesa e uma cadeira não podem ser consideradas apenas como bens que proporcionam “conforto” aos colaboradores, pois mesmo não estando vinculado diretamente a produção, são bens *corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia* e intrinsecamente relacionada com a *produção ou comercialização* de bens e serviços, quando o seu emprego estiver vinculado às atividades operacionais da empresa, (exceto, se utilizado em imóveis não vinculados a produção ou comercialização). Consequentemente, o crédito fiscal do ICMS deve ser apropriado durante a sua vida útil, no caso a LC 87/96, estimou em quatro anos (art. 20 - 1/48).

Da mesma forma, os materiais adquiridos (produtos químicos) e utilizados nos laboratórios podem ser classificados como matérias de uso e consumo (cujo crédito fiscal está postergado), porém as máquinas e equipamentos utilizados no laboratório, não devem ser considerados *alheios à atividade do estabelecimento*. Por exemplo, uma empresa que fabrica produtos alimentícios, após a produção de um lote, precisa testar se os produtos estão dentro dos padrões normais estabelecidos para consumo humano. Caso inadequado, o produto deve ser descartado, o que inviabiliza a sua comercialização, que é atividade fim da sociedade empresarial (ou comercializado a preço inferior ao do produto normal, para consumo *não humano*).

Também, na mineração, o laboratório precisa utilizar equipamentos para fazer análise da coleta de amostra de minérios para avaliar a sua viabilidade de processamento e ao vender o produto final, firma contratos com indicação de índices de pureza do minério (ouro, cobre, ferro, bauxita, chumbo, etc.) e caso testado no laboratório não atinja os percentuais indicados no contrato, não poderá entregar o produto. Neste caso, também, não se pode afirmar que as máquinas e equipamentos utilizados no laboratório sejam *alheios à atividade do estabelecimento*.

Quanto ao questionamento acerca das “estruturas metálicas” empregadas em obras civis, convém ressaltar que o diligente da ASTEC manteve estes produtos no demonstrativo refeito de crédito indevido, considerando como aplicados em imóveis por acessão física, como contido na orientação da diligência à fl. 1914/verso. Tomando como exemplo o arquivo gravado no CD à fl. 1825, na linha 348 foi mantida a Nota Fiscal nº 12.101, no valor de R\$21.965,70; linha 569, Nota Fiscal nº 12.194, no valor de R\$8.515,00 (além de outros: lajota, caixa de passagem, concreto, etc.).

Por tudo que foi exposto, acato o resultado da diligência, conforme demonstrativo de débito juntado às fls. 1919 a 1921, reformando a Decisão da Primeira Instância de Procedente para Procedente em Parte a infração 2. Entretanto, constato que no demonstrativo original foi exigido imposto relativo ao período de outubro/2004 a novembro/2006. Já no demonstrativo refeito pelo diligente a fl. 1921, foi incluído indevidamente o valor de R\$183,97 relativo ao mês de dez/06 que não constou na infração e fica afastada. Fica reduzido o débito de R\$2.107.943,63 para R\$1.868.950,77.

Quanto à infração 4, relativa a ICMS devido na importação de mercadorias, o recorrente destaca que tendo sido incluído despesas de capatazia em duplicidade e desconsiderado pagamentos complementares, na primeira diligência o débito foi reduzido de R\$1.605.843,08 para R\$523.167,85.

Após manifestação, houve nova revisão dos cálculos no Parecer ASTEC nº 209/10, excluindo valores de capatazia em duplicidade, porém executou uma revisão da infração no tocante às taxas

de câmbio o que resultou em aumento do débito para R\$786.045,11, o que entende afrontar o disposto no art. 156 do RPAF/BA.

Verifico que conforme apreciado na Decisão da primeira instância, a empresa não contestou os valores apurados na última diligência e sim que houve agravamento da infração. A 3ª JF fundamentou na sua Decisão que apesar de ter ocorrido aumento de alguns valores, o débito total remanescente de R\$786.045,11 não foi agravado visto que o débito original foi de R\$1.605.843,08.

Trata-se da aplicação da regra disposta no art. 156 do RPAF/BA, que limita o agravamento da infração. Embora a regra textualmente descreva *agravamento da infração*, como o ICMS é apurado mensalmente, nas decisões prevalentes deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0240-12/09 e CJF Nº 0092-11/09, havendo majoração do valor exigido por mês de ocorrência, deve-se instaurar novo procedimento fiscal.

Assim sendo, tomo como base o demonstrativo elaborado pelo diligente às fls. 1642 e 1774, e considero devido o valor de R\$546.028,71 nesta infração, ficando reformada em parte a Decisão da Primeira Instância.

Data Ocorr	Data Venc	VL. Autuado	Valor devido	Fl.	Valor Devido	Agravamento
30/01/2002	09/02/2002	80.726,25	80.034,59	1774	80.034,59	
30/08/2002	09/09/2002	136.833,51	280.738,35	1774	136.833,51	143.904,84
30/10/2002	09/11/2002	199.873,65	195.445,20	1774	195.445,20	
30/11/2002	09/12/2002	15.002,64	10.706,79	1774	10.706,79	
28/02/2003	09/03/2003	19.945,00	88.654,65	1774	19.945,00	68.709,65
30/04/2003	09/05/2003	95.562,82	31.030,63	1774	31.030,63	
30/08/2003	09/09/2003	3.959,57	31.361,48	1774	3.959,57	27.401,91
30/09/2003	09/10/2003	684.434,48	67.970,87	1774	67.970,87	
30/11/2003	09/12/2003	3.816,59	75,21	1774	75,21	
30/12/2003	09/01/2004	3.883,17	27,34	1774	27,34	
30/12/2004	09/01/2005	361.805,40	0,00	1774	0,00	
<b>TOTAL</b>		<b>1.605.843,08</b>	<b>786.045,11</b>		<b>546.028,71</b>	<b>240.016,40</b>

Quanto aos meses que ocorreram agravamento da infração, represento à autoridade fazendária para renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas, observado o disposto no art. 173, I do CTN.

No tocante às infrações 6 e 7, constato que embora tenha sido objeto do Recurso Voluntário interposto, após a realização da última diligência pela ASTEC, a empresa juntou petição às fls. 1990/1991 informando que optou por beneficiar-se das reduções concedidas pela Lei nº 12.903/13 e formulou termo de confissão de dívida, desistindo da defesa e Recurso no que concerne aos débitos das infrações 6 e 7 (DAEs às fls. 2010 e 2012; SIGAT - fl. 2038).

Assim sendo, considero prejudicado o Recurso Voluntário com relação às infrações 6 e 7, tornando-o ineficaz, conforme previsto no art. 122, IV do RPAF/BA, cujo crédito fiscal correspondente foi extinto pelo pagamento (art. 156, I do CTN).

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com redução do débito da infração 2, de R\$2.107.943,63 para R\$1.868.950,77 e da infração 4, de R\$786.045,11 para R\$546.028,71.

#### **VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência e infração 2)**

Peço vênia para divergir do i. Relator, inicialmente, quanto à decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/07 a 09/04/07 considero cabível. E assim posiciono-me por entender que o prazo decadencial começa a fluir do primeiro dia subsequente a ocorrência do fato gerador e não da lavratura do Auto de Infração.

Trata-se de matéria assente no âmbito do STJ que, em se tratando de tributo sujeito à lançamento por homologação, mas ausente o pagamento, ainda que parcial, há de se aplicar a regra do art. 173, I, do CTN, ou seja, a contagem deve ser a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao

daquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Inversamente, em ocorrendo o pagamento antecipado mesmo que o seja parcialmente, o prazo decadencial para o lançamento é de cinco anos a contar do fato gerador consoante a disposição do § 4º, do art. 150, do CTN, como se sucedeu no caso presente. Pertinente, por conseguinte, arguição de decadência, que acolho.

Divirjo, ainda, da posição do i. Relator quanto à infração 2 que imputa ao contribuinte a utilização indevida de crédito fiscal ante à aquisição de bens de ativo destinados à ampliação e modernização do respectivo parque fabril e que considerados que foram, pelo Fisco, como sendo para uso e consumo.

A controvérsia suscitou diligências em busca de provas para aclaramento da verdade material. Pois bem, do conjunto probatório residente nos autos, sobressaem elementos de extrema relevância para formação do meu convencimento. Cito como sustentação desta posição divergente, o Parecer ASTEC nº 209/2010, no qual há *confirmação* de que os créditos fiscais objeto do AI foram oriundos da aquisição de peças registradas no ativo imobilizado do autuado e adquiridos, inclusive, para integrar o maquinário para fins de implantação de diversos projetos de expansão, ampliação e modernização do sítio parque fabril.

Infere-se que, seguidamente, em novo pronunciamento, foi considerado pelo diligente que alguns projetos eram relativos à substituição de componentes e não destinados à ampliação e modernização do parque industrial, posição esta que conduziu d. órgão julgador de base a considerar subsistente a infração 2.

Discordo. Justifico, e o faço esteada no fato de que, dentro de um sítio fabril é certo que as substituições de equipamentos demandam ser periódicas realizações em virtude de desgastes e até defeitos de fabricação, como modo de assegurar a continuidade da produção. Isto é uma verdade, como o é a necessidade pujante de uma indústria petroquímica de prover maior eficiência a essa mesma produção, o que exige modernizações a envolver até ampliações, mormente num mundo hodierno com tanta tecnologia de ponta e tanta competitividade de mercado e, ainda, que não se olvide, com regência de normas cada vez mais exigentes quanto à preservação ambiental, tudo, portanto, a demandar constantes ajustes estruturais ora denominados como sendo ampliação e modernização.

Entendo que resumir as necessidades estruturais de uma indústria do porte da recorrente à frente de tantos projetos como discriminados estão no bojo do Recurso Voluntário, para se afirmar que se trataram todos, de projetos de montagem de instrumentação – equipamentos –, é distanciar-se, com a devida vênia, da realidade fático-jurídica, sem se poder desprezar o significativo fato de que a montagem de equipamentos envolve a aquisição desses bens/materiais/insumos que passam a incorporar o equipamento e daí a recorrente ter corretamente os atribuídos como bens destinados ao ativo imobilizado, até porque, vale destacar, a montagem não se restringe a unir peças e componentes face à crescente demanda de obras estruturais.

Neste diapasão, importa ainda mencionar que, a d. Procuradoria posicionou-se asseverando que o diligente anterior que exarou o referido parecer (Parecer ASTEC Nº 209/2010), procedeu a uma criteriosa análise acerca das aquisições de peças e sua aplicação nos projetos, tendo o diligente posterior entendido como sendo material de uso e consumo, em discrepância, pois, ao próprio entendimento firmado no âmbito da ASTEC e sem se coadunar com a realidade fabril da autuada.

Acrescente-se mais. Tais materiais como relacionam-se à consecução da atividade final da recorrente, comportam, como consequência lógico-jurídica, o caráter de insumo, sem a imperiosidade de que sua consumação seja imediata e integral no processo fabril ou mesmo que integre o produto final, assertiva esta que tem amparo na regra do art. 20, §1º, da LC 87/96 - sobre o qual a jurisprudência do STJ se firmou em garantia da justiça fiscal – a reconhecer ao contribuinte dentro da sistemática da não cumulatividade do ICMS, o creditamento correspondente.

Logo, em conclusão, é dizer que a glosa do crédito fiscal levada a efeito pela fiscalização, não foi legítima na medida em que os bens adquiridos o foram destinando-se ao ativo imobilizado, hipótese legal permissiva da respectiva apropriação.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para inicialmente acolher a decadência e, ainda divergindo, para decretação da IMPROCEDÊNCIA da infração 2.

#### VOTO EM SEPARADO (Infração 2)

Acompanho o voto divergente pelo reconhecimento da decadência e a improcedência da infração 2 e acrescento que a exigência de que os produtos sejam “consumidos ao final de cada processo produtivo” ou que “se integram ao produto final na condição de elementos indispensáveis à sua produção” para que sejam classificados como insumos, decorrem de uma interpretação da lei antiga e ultrapassada.

Frise-se que o Convenio ICM 66/88 adotava um critério físico para fins de definição do que poderia ser considerado insumo ou não, para fins de creditamento de ICMS. Com base nesse diploma normativo, fazia sentido a exigência da prova de que o produto fosse consumido imediata e integralmente no processo produtivo ou compusesse o produto novo para ser caracterizado como insumo.

Com o advento da LC 87/96, o critério para definição dos insumos foi alterado, passando a ser reconhecido como insumo todo aquele produto relacionado à obtenção do objetivo final da empresa. Por este critério, é reconhecido o caráter de insumo para todos os bens destinados à consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento empresarial. É o que se conclui da leitura, *a contrario sensu*, do §1º do art. 20 da LC 87/96:

*Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.*

*§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. (grifamos)*

A mudança legislativa já é reconhecida pelo STJ, conforme se percebe dos seguintes julgados:

**TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. CREDITAMENTO. PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS UTILIZADOS NO PROCESSO PRODUTIVO. POSSIBILIDADE. ART. 20, § 1º, DA LC 87/96.**

*1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de que, na vigência do Convênio ICMS 66/88, o produto intermediário para fins de creditamento exigia prova de que ele foi consumido imediata e integralmente no processo produtivo ou compusesse o produto novo. Precedentes: AgRg no Ag 929.077/SP, Rel.*

*Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/09/2008; REsp 850.362/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 02/03/2007.*

*2. A Lei Complementar 87/96, entretanto, ampliou as hipóteses de creditamento, condicionando o aproveitamento dos créditos relativos à aquisição de produtos intermediários apenas à comprovação de eles são utilizados para a consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento empresarial. Precedentes: REsp 1.090.156/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20/08/2010; REsp 1.175.166/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/03/2010; REsp 889.414/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14/05/2008.*

*3. Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no AREsp 142263/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013) (grifamos)*

**TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - JULGAMENTO CITRA PETITA - NÃO-OCORRÊNCIA - ICMS - CREDITAMENTO - TRANSPORTE DE CARGAS -**



**VEÍCULOS, PNEUS, LUBRIFICANTES ETC. - POSSIBILIDADE - PRODUÇÃO PROBATÓRIA - NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.**

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A ausência na apreciação de fundamento não configura julgamento *citra petita*.

**3. A partir da vigência da LC 87/96, os produtos intermediários e insumos imprescindíveis à atividade empresarial do contribuinte ensejam direito de crédito, em razão do princípio da não-cumulatividade.**

4. Hipótese em que o contribuinte dedica-se à prestação de serviços de transporte de cargas e pretende creditar-se do imposto recolhido na aquisição de veículos, peças de reposição, combustíveis, lubrificantes etc., que foram considerados pelo acórdão recorrido como material de consumo e bens do ativo fixo.

5. Necessidade de retorno dos autos à origem para verificação de quais insumos efetivamente integram e viabilizam o objeto social da recorrente.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1090156/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 20/08/2010)

**TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTRIBUINTE PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. PEÇAS DE VEÍCULOS UTILIZADOS NA ATIVIDADE. INSUMOS. CREDITAMENTO. ART. 20 DA LC 87/1996.**

1. Hipótese em que a contribuinte pretende creditar-se do ICMS incidente sobre aquisição de mercadorias que classifica como insumos essenciais para a prestação do serviço, quais sejam peças para os veículos utilizados no transporte interestadual e intermunicipal. O Tribunal a quo reconheceu a possibilidade de creditamento apenas em relação a combustível, lubrificante, pneus, câmaras de ar e material de limpeza, por estarem previstos expressamente no art. 66, IV, do Regulamento do ICMS mineiro.

2. Antes da atual LC 87/1996, vigia o Convênio Interestadual ICMS 66/1988, que regulava nacionalmente o ICMS, com força de lei complementar federal. O art. 31, III, previa o creditamento relativo aos insumos desde que: a) fossem consumidos no processo industrial e b) integrassem o produto final na condição de elemento indispensável a sua composição.

3. Com base nessa legislação, o STJ firmou entendimento de que somente os insumos que atendessem a essas duas condições (consumidos no processo e integrantes do produto final) permitiriam o creditamento.

**4. Ocorre que a LC 87/1996 ampliou a possibilidade de creditamento, pois fez referência apenas à vinculação dos insumos à atividade do estabelecimento, mas não à necessidade de que eles integrem o produto final (art. 20, § 1º).**

5. In casu, o Tribunal de origem consignou que a perícia realizada em primeira instância aferiu que "determinados bens sofrem desgaste total no processo ínsito ao objeto social da empresa contribuinte".

Porém, é impossível afirmar ser isso incontroverso, como alega a contribuinte, já que o Tribunal de Justiça entendeu irrelevante para o deslinde da demanda, pois "tal fato por si só não altera a classificação legal dos bens e a limitação ao aproveitamento dos créditos pretendidos".

6. Os autos devem retornar à origem para que o TJ-MG analise as provas e verifique se os insumos suscitados pela contribuinte são, efetivamente, aplicados e consumidos na atividade-fim da empresa. Em caso positivo, deverá reconhecer o direito ao creditamento, nos termos do art. 20 da LC 87/1996, ainda que esses bens não integrem o produto final (prestação do serviço de transporte).

7. Quanto ao pedido de correção monetária dos créditos, não há interesse recursal, pois o Tribunal a quo já reconheceu o pleito da empresa.

8. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1175166/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 26/03/2010)

A doutrina também reconhece a alteração legislativa e a consequente mudança no entendimento do STJ:

Entretanto, no ano de 2010 e já sob o prisma da LC n. 87/96, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento sobre a matéria, ao analisar dois casos de transportadores que pleiteavam créditos sobre insumos diversos necessários à prestação do serviço (RESP 1090156/SC e RESP 1175166/MG). Estabelecendo um corte temporal a partir da publicação da LC n. 87/96, sustentou o STJ nesses dois arestos que a atual lei de normas gerais do ICMS assegura, em seu art. 20, o crédito sobre quaisquer insumos essenciais à atividade empresarial, independentemente do fato deles se integrarem ou não ao produto final. Desse modo,

*desde que os bens não sejam alheios à atividade do estabelecimento (hipótese em que o crédito é vedado, nos termos do §1º do art. 20 da Lei Kandir), o contribuinte fará jus ao crédito. (MOREIRA, André Mendes. A Não-Cumulatividade dos Tributos. São Paulo. 2ª Ed. 2012. Noeses. PP. 368-369) (explicamos entre parênteses).*

Destarte, conforme reconhecido, tanto pela Primeira como pela Segunda Turma do STJ, não há mais que se exigir, para fins de conceituação de materiais como insumos (produtos intermediários), que estes sejam “consumidos ao final de cada processo produtivo” ou que “se integram ao produto final na condição de elementos indispensáveis à sua produção”.

Frise-se que, no caso em tela, o Ilustre Relator negou provimento ao Recurso Voluntário, não reconhecendo a natureza de insumos (produtos intermediários) aos produtos do Recorrente:

*Com relação ao apelo voluntário, relativo aos itens remanescentes após a desoneração (infrações 01/02), não há como dar-lhe provimento, tendo-se em vista a natureza intrínseca dos bens e as suas funções, descritas, por exemplo, às fls. 1.003 a 1.006: óleo, lubrificantes, ácidos, detergentes, tela de peneiramento, rolamento, peças para perfuração, soda cáustica etc.*

Data venia, discordo do entendimento do Ilustre Relator, pois entendo que tais produtos não são alheios à atividade do Recorrente e, portanto, o ICMS incidente sobre as suas aquisições deve ser creditado pelo Recorrente, conforme preceitua o art. 20, §1º, da LC 87/96, e a jurisprudência atual do STJ.

Ressalte-se, ainda, que mesmo que se fosse adotado o critério do Convênio ICM 66/88, como entendeu o Ilustre Relator, alguns produtos do Recorrente se enquadram no conceito de insumos (produtos intermediários), tais como soda cáustica, ácidos, entre outros materiais que se desgastam durante o processo produtivo de extração mineral.

Destarte, entendo que a infração 2 deve ser julgada improcedente, de acordo com a legislação vigente (art. 20, § 1º, da LC 87/96) e em consonância com a jurisprudência do STJ.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271330.0002/06-5**, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.596.577,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência e infração 2) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTOS DIVERGENTE e EM SEPARADO (Preliminar de decadência e infração 2) – Conselheiros(as): Alessandra Brandão Barbosa, Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - VOTO DIVERGENTE  
(Preliminar de decadência e infração 2)

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - VOTO EM SEPARADO  
(Infração 2)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO – REPR. DA PGE/PROFIS