

**PROCESSO** - A. I. Nº 297515.0004/14-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - BRASKEM S.A.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0200-05/15  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 11/03/2016

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0016-11/16

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. UTILIZAÇÃO A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. OPERAÇÕES DE ENTRADAS DE ETENO COM SAÍDAS SEM A REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Regime Especial possibilita centralização de créditos fiscais e apuração do imposto no estabelecimento Matriz, o que torna ineficaz a exigência do imposto no período de sua vigência para as operações de transferências internas entre estabelecimentos da mesma empresa. Mantida a Decisão, com relação ao período que antecede a concessão do Regime Especial, considerando que não houve prejuízo ao Erário estadual e que o prazo de restituição do indébito já foi exaurido na sua quase totalidade com relação ao período de janeiro de 2009 a março de 2011, na forma prevista do art. 73 do RPAF/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA, em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0200-05/15, por ter desonerado na sua totalidade o valor exigido de R\$9.978.821,33 no Auto de Infração lavrado em 26/06/14, acusando utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais (2009 a 2012). Consta na descrição dos fatos que a empresa apropriou a maior crédito fiscal de ICMS nas entradas de eteno, cujas saídas se deram sem a redução regulamentar de base de cálculo (art. 268, inciso XXXIII e § 1º do RICMS/97), conforme Anexos 1, 2, 3 e 4, gravados em CD em acostados ao processo, com pacote de dados (ECD, EF, NFe, Informes Técnicos fornecidos e Custo de Produção).

Na Decisão proferida pela 5ª JJF a Relatora inicialmente afastou a preliminar de mérito de decadência, relativa ao período de janeiro a junho/09, fundamentando que os fatos geradores tinham como prazo limite para constituição do crédito tributário, o dia 31/12/14, enquanto o lançamento foi efetivado em 6/06/14, como vem se posicionando o CONSEF, com base em Parecer da Procuradoria Geral do Estado, observando o disposto no art. 173, I do CTN.

Afastou o pedido de nulidade por entender que o lançamento de ofício preenche todos os requisitos legais, tais como as definidas no art. 18 do RPAF/BA, e quanto ao mérito apreciou que:

*O presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque de imposto a maior em documentos fiscais. Foi constatada a apropriação a maior do crédito fiscal de ICMS, nas entradas de ETENO, cujas saídas ocorreram sem a redução regulamentar da base de cálculo (art. 268, inciso XXXIII, § 1º do RICMS/97).*

*O Auto de Infração abrange o período de janeiro de 2009 a dezembro de 2012, e tem como base as entradas de mercadorias (produto – ETENO RETORNO), operações internas, em transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade da defendente. Os autuantes entenderam que, como as saídas se sujeitavam a incidência do imposto com redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%, prevista*

no art. 87, XLII do RICMS/97, e o art. 268, inciso XXXIII, § 1º do RICMS/2012, os créditos inerentes as respectivas entradas deveriam ser estornados na proporção da redução prevista em norma regulamentar.

A defendente, por outro lado, apóia sua tese de improcedência da autuação, sob o argumento de que, por ter uma contabilidade centralizada, todas as operações de transferências entre os seus estabelecimentos, não causam repercussão nos valores de ICMS a serem recolhidos mensalmente. É que em decorrência do Parecer Final da ASTEC 18870/2011, fls. 207/208, deferido pela Secretaria da Fazenda, foi autorizado o Regime Especial de Apuração Centralizada de ICMS, para que a apuração do ICMS (débitos e créditos) fosse apropriada no estabelecimento matriz, a defesa continua tecendo os seus argumentos defensivos.

De fato, no mencionado Parecer Final, o gerente da SAT/DPF/GEINC opinou pelo atendimento do pedido, ressaltando que a concessão do Regime não resultará em prejuízo aos cofres estaduais, pois seriam mantidos os procedimentos para apuração normal do ICMS devido por cada um dos estabelecimentos da requerente, sendo regularmente cumpridas todas as obrigações, de caráter principal e acessório, sistematizando a operacionalização fiscal, prevista no Termo de Acordo pactuado entre a SEFAZ e a requerente.

Do exame da legislação tributária correlata, constata-se que, efetivamente, a partir de 2008 (Decreto nº 11.059/2008), o Estado da Bahia implementou várias medidas visando à redução da carga tributária incidente na indústria petroquímica. Posteriormente o Decreto nº 11.807/2009, estabeleceu diversos benefícios voltados às atividades industriais com os materiais em questão, os quais se constituíram basicamente nos seguintes pontos:

- 1) Redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas com nafta destinada à utilização na fabricação de produtos petroquímicos, realizadas até o mês de março de 2011;
- 2) Dispensa do estorno do crédito fiscal relativo às entradas de nafta, cujas saídas fossem beneficiadas pela mencionada redução da base de cálculo;
- 3) Diferimento do lançamento e recolhimento do ICMS devido até março de 2011, sobre as importações do produto, para o momento do seu ingresso no estabelecimento, dispensando-se o lançamento e o pagamento de parte do imposto diferido para a qual não fosse aplicável o diferimento previsto no Decreto nº 6.734/97;
- 4) O diferimento do ICMS integral incidente sobre as entradas de nafta decorrente de aquisições no mercado internacional e no mercado interno a partir de abril/2011, para o momento da saída dos produtos decorrentes de sua industrialização.

Contudo, para fazer jus a esses benefícios, o contribuinte se comprometeu a adotar certos procedimentos, observando as condições e os limites acordados. Assim, como requisito, foi pactuado que a requerente se empenharia em investir no mercado baiano, implantando, modernizando e ampliando novas linhas de produção, dentre outros. Também se comprometeu a não receber créditos fiscais transferidos por terceiros, nem utilizar créditos fiscais acumulados pelos seus estabelecimentos para fins de compensação com os saldos devedores mensalmente apurados. Também foram estabelecidos limites para o aproveitamento mensal, pelos seus diversos estabelecimentos, dos créditos fiscais acumulados, no período compreendido entre abril de 2011 e março de 2014.

Em conclusão a Diretoria de Tributação opinou pelo deferimento do Regime Especial, onde autorizou a centralizar, no seu estabelecimento matriz, a apuração dos créditos fiscais do ICMS acumulados até 31/03/2011, correspondente ao Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda para a sua apropriação.

Também ficou estabelecido que a requerente adotará um Livro Especial de apuração do ICMS, destinado especificamente ao controle dos créditos fiscais apurados em todos os estabelecimentos em 31/03/2011. Também nas notas fiscais de transferências de saldos credores ou devedores deverá constar a expressão: “Autorizado pelo Regime especial DITRI/GETRI nº 18870/2011”.

Diante das questões colocadas pela defesa, e presentes na informação fiscal, o PAF foi diligenciado à ASTEC, sendo que na diligência efetuada por estranho ao feito, fls. 214 a 216, a partir dos documentos fiscais apresentados, notas fiscais de entradas e de saídas e escrituração fiscal das mesmas, cópias de documentos, fls. 230/458, o diligente manifestou-se no sentido de que, dúvida não há de que a sociedade empresária aplicou a alíquota de 17%, tanto para as entradas – crédito CNPJ 42.150.391/0001-70, como para as saídas – débito – CNPJ 42.150.391/0032-77 e 42.150.391/0030-05.

Salienta o diligente que, em Consulta à SEFAZ, realizada pelo contribuinte, a respeito da emissão de documento fiscal, com destaque indevido do imposto, foi exarado o Parecer DITRI nº 7108/2014, fls. 460/461, com o expreso entendimento de que “... ainda que a Consulente, por equívoco, realizou algumas operações com destaque indevido do imposto, nas respectivas notas Fiscais, isto não traria impacto nas respectivas apurações, tendo em vista que sua apuração é centralizada, (...) não há que se recomendar quaisquer outros procedimento, considerando-se que a própria apuração, por ser centralizada, por si só, será capaz de ajustar, na própria sistemática e, por conseguinte, neutralizar possíveis reflexos que pudessem causar prejuízo para a Consulente

*ou para o Fisco Estadual. ”*

*De forma clara e diligente, com supedâneo na documentação fiscal apresentada e conforme orientação da própria DITRI/GETRI, entende que não houve descumprimento de obrigação principal no período autuado (abril/2011 a dezembro de 2012), a partir da autorização expressa no Parecer 18870/2011.*

*Quanto ao período autuado, anterior ao citado Parecer, (janeiro/2009 a março/2011), a apuração do ICMS era realizada de forma independente, por cada estabelecimento do grupo BRASKEM. Nos termos da legislação vigente, a carga tributária nas operações realizadas pela empresa para o produto em discussão (ETENO), é reduzida para 12%.*

*O diligente ainda constatou que o contribuinte se creditou pelas entradas com alíquota de 17% e nas operações de saídas se debitou com a alíquota interna (17%). Considerando-se que as operações se referem a transferência entre estabelecimentos do próprio contribuinte, dentro do Estado da Bahia, e conclui que financeiramente não houve qualquer prejuízo para o erário estadual, visto que o crédito fiscal glosado pela fiscalização, caso julgado procedente, ensejará direito a restituição também de forma proporcional, referente às saídas tributadas a 17%, para a empresa autuada, em obediência ao princípio da não cumulatividade.*

*A diligente aponta a Decisão em matéria similar, (crédito de 17% na aquisição de mercadoria isenta, com saída debitada também a 17%), da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão 0058-11/15. Sobre a questão assim se posicionou a Câmara: “Concluo que, com relação às operações com estes produtos, restou comprovado que, embora a empresa tenha escriturado indevidamente o ICMS destacado nas operações de entrada, não houve repercussão econômica, nem prejuízo à Fazenda Estadual, isto que debitou-se, também, indevidamente das operações de saídas dos mesmos, o que neutraliza o crédito fiscal indevido”.*

*Como visto até agora, em relação a esta autuação temos que considerar a existência de duas questões a serem enfrentadas, com base no período de janeiro/2009 a março/2011, e no período a partir de abril/2011.*

*É que a partir de abril de 2011, foi deferido Regime Especial de Apuração Centralizada, chancelado pelo Parecer nº 18870/2011, e desde então a autonomia dos estabelecimentos, para fins de incidência do ICMS, deixou de existir, e passou a prevalecer a unicidade do recolhimento do imposto.*

*Em decorrência da apuração centralizada da escrita fiscal, a SEFAZ/BA firmou o entendimento de que qualquer erro na tributação quando das transferências internas, entre estabelecimentos da BRASKEM, não causaria prejuízo ao Fisco, sendo desnecessária qualquer medida de correção por parte do contribuinte. Nesse sentido, a própria apuração, por ser centralizada, por si só, será capaz de ajustar, na própria sistemática e, por conseguinte, neutralizar possíveis reflexos que pudessem causar prejuízo para o autuado ou para o Fisco estadual.*

*Estas conclusões estão claramente postas no Parecer Intermediário da SAT/COPEC, Parecer Final nº 7108/2014, e Parecer Final nº 18870/2011 (fls. 205/206, e 207/208). Esse posicionamento também foi referendado pela diligente da ASTEC, consoante a conclusão manifestada na diligência de fls. 214/216. Acompanho-os e voto pela improcedência da autuação no período a partir de abril/2011.*

*No que concerne à autuação relativa ao período de janeiro de 2009 a março de 2011, constato que houve infração à legislação do ICMS, pois vigente a regra de autonomia dos estabelecimentos, e a defendente ainda não possuía o regime de apuração centralizada.*

*Quanto ao Acórdão CJF nº 0078-11/15, trazido pela defendente nesta sessão de julgamento, parte integrante do Memorial entregue a esta JJF, verifico que a Decisão foi reformada com exclusão dos valores exigidos, no período de vigência do Regime Especial que possibilita a centralização de créditos fiscais e apuração do imposto no estabelecimento Matriz.*

*Outrossim, o entendimento da DITRI, no Parecer nº 7108, de 26/03/2014, entendeu que no período de apuração sob o regime centralizado, o destaque indevido do imposto nas notas Fiscais não traria impacto nas respectivas apurações, tendo em vista que a apuração é centralizada.*

*Por conseguinte, no período objeto da autuação, anterior ao mês de abril/2011, deve prevalecer a autuação na forma originária, posto que os estabelecimentos eram autônomos e houve infração à legislação que rege espécie.*

*Quanto ao pedido de cancelamento da multa, esta encontra-se prevista no art. 42, inciso VII, “a” da Lei 7.014/96, e esta JJF não tem competência para apreciar pedido de cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal.*

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

#### **VOTO VENCEDOR**

*Peço vênia para discordar da ilustre Relatora só quanto à conclusão do seu voto no tocante ao período de janeiro/2009 a março/2011, vez que o período de abril/2011 a dezembro/2012 julgou improcedente, o qual a*

*acompanho em todos os termos de sua fundamentação.*

*Trata a presente autuação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, relativo a entradas de “eteno”, por transferência interna, oriundas de estabelecimentos de titularidade da próprio autuado, a BRASKEM S/A, cujas saídas, da unidade de origem, se deram sem a aplicação do regime de redução de base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXXIII e § 1º, do RICMS/2012, relativo ao período janeiro/2009 a dezembro de/2012.*

*A fundamentação construída pela Srª Relatora para a manutenção da autuação, relativa ao período de janeiro de 2009 a março de 2011; e exclusão do período de abril de 2011 a dezembro de 2012, está calcada basicamente na constatação de que houve infração à legislação do ICMS no período de janeiro de 2009 a março de 2011, por quantum ter infringido a regra de autonomia dos estabelecimentos, já que a defendente ainda não possuía o regime de apuração centralizada. A partir de abril de 2011, foi deferido Regime Especial de Apuração Centralizada, chancelado pelo Parecer nº 18870/2011, e desde então a autonomia dos estabelecimentos, para fins de incidência do ICMS, deixou de existir, e passou a prevalecer a unicidade do recolhimento do imposto.*

*Há de se observar, no julgamento do presente processo, os princípios da economia processual e da razoabilidade intrínsecos do processo administrativo fiscal. Isso significa que, não se pode deixar de lado o Parecer da ASTEC, emitido pela Ilustre Diligente, a Auditora Fiscal Alexandrina Natália Bispo dos Santos, sem qualquer discordância das partes sobre os resultados apresentados, porquanto os pontos inquiridos pela 4ª JJF em relação aos esclarecimentos a seguir destacados:*

- 1) Intimar a sociedade empresária para apresentar a documentação fiscal que comprove que o procedimento adotado no período objeto deste AI, estava em conformidade com o Termo de Acordo de que trata o Parecer 18870/2011.*
- 2) Esclarecer se para o produto ETENO aplica-se a mesma sistemática do mencionado Parecer, posto que este menciona NAFTA.*
- 3) Verificar se o procedimento adotado pelo contribuinte e detectado pela fiscalização, nesta ação fiscal, trouxe prejuízo para o Estado, apesar da apuração centralizada adotada no estabelecimento matriz. Caso haja a constatação de que o prejuízo afetaria parte do período autuado, pede-se que sejam elaborados novos demonstrativos, inclusive o de débito.(Grifo acrescido)*

*Assim, como destacado no voto da ilustre Relatora, a diligente da ASTEC concluiu com supedâneo na documentação fiscal apresentada, no período de janeiro de 2009 a março de 2011, de que a apuração do ICMS era realizada de forma independente, por cada estabelecimento da defendente. Diz, ainda, que, nos termos da legislação vigente, sem qualquer discordância das partes, ao qual coaduno, a carga tributária nas operações realizadas pelo autuado, para o produto em discussão, o “eteno”, era, de fato, reduzida para 12%.*

*Por outro lado, constatou que a defendente se creditou pelas entradas, por transferência interna dessa mercadoria, em todo o período da autuação, com a aplicação da alíquota de 17%, que, aliás, é o objeto motivador da presente autuação; porém, constatou, também, que nas operações de saídas, que deram causa aos referidos créditos, a defendente se debitou com a alíquota interna, no caso específico a mesma alíquota de 17%, quando o correto seria a alíquota de 12%, dada aplicação do regime de redução de base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXXIII e § 1º, do RICMS/2012.*

*Assim, considerando que as operações se referem a transferência entre estabelecimentos do próprio contribuinte, dentro do Estado da Bahia, associado a verificação “in loco” das escritas fiscais dos estabelecimentos envolvidos nas operações, a Diligente da ASTEC, conclui expressamente, no seu relatório, que faz parte integrante do presente PAF, que financeiramente não houve qualquer prejuízo para o erário estadual, em resposta objetiva ao “item 3” do pedido de Diligência expedido pela 4ª JJF acostado à fl. 210 dos autos, o que concordo plenamente com tal assertiva, vez que, dúvida não há de que o autuado, a BRAKEM S/A, aplicou a alíquota de 17%, tanto nas entradas (apropriação do crédito), estabelecimento autuado - CNPJ 42.150.391/0001-70, quanto nas saídas (apropriação do débito), estabelecimentos originários das transferências - CNPJ 42150.391/0032-77 e 42.150.391/0030-05, em nenhum momento contestado pelos autuantes.*

*Logo, ainda que a defendente, tenha infringido a regra de autonomia dos estabelecimentos intrínseca da legislação do ICMS, considerando que as operações, objeto da autuação referem-se a transferência entre estabelecimentos do próprio contribuinte, dentro do Estado da Bahia, é fato que financeiramente não houve qualquer prejuízo para o erário estadual, visto que o crédito fiscal indevido glosado pela fiscalização do estabelecimento (matriz) de CNPJ 42.150.391/0001-70, foi, também, objeto de débito fiscal indevido dos estabelecimentos (filiais) de CNPJ 42.150.391/0032-77 e CNPJ 42.150.391/0030-05.*

*Em sendo assim, consigno, diferentemente do entendimento da Ilustre Relatora, que o período de janeiro de 2009 a março de 2011, a exemplo do período de abril de 2011 a dezembro de 2012, seja julgado, também, improcedente, uma vez que, diferente desse entendimento, ensejará direito a restituição do indébito na forma do*

*art. 73 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, indo de encontro aos princípios da economia processual e da razoabilidade intrínsecos do processo administrativo fiscal, presentes em outros julgados deste Conselho de Fazenda do Estado da Bahia.*

*Ante o exposto, voto IMPROCEDENTE o Auto de Infração.*

A 5ª JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

O autuado manifestou-se (fls. 503//512), inicialmente comenta a autuação, diligência fiscal na qual foi confirmada a ausência de prejuízo ao Erário.

Reitera a preliminar de mérito de decadência relativo aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a junho/09, que entende estarem atingidas pelo instituto da decadência, nos termos do art. 156, V do CTN.

Com relação aos fatos geradores ocorridos no período de abril/11 a dezembro/12, ressalta que no Parecer 24/2015 da ASTEC foi atestado que embora tenha se apropriado do crédito fiscal pela alíquota de 17%, o estabelecimento remetente também se debitou pela mesma alíquota ao invés de 12%, o que não resultou em qualquer prejuízo a Fazenda Pública Estadual.

E ainda que a partir de abril de 2011, lhe foi concedido Regime Especial de Apuração Centralizada do ICMS, Parecer nº 18870/2011, e que as operações autuadas se referem a transferências internas entre estabelecimentos integrantes da mesma pessoa jurídica, o que já foi reconhecido no Parecer 7108/14 da DITRI e na Decisão contida no Acórdão CJF 0078-11/15.

Com relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro/09 a março/11, ressalta que foi confirmado em diligência a ausência de prejuízo ao Erário e envolve fatos geradores que já ultrapassaram o prazo legal de 5 anos, não podendo renovar pedido de restituição de indébito.

Ademais, afirma que é incontroversa a ilegalidade de imposição tributária que envolve operações de transferências entre estabelecimentos integrantes da mesma pessoa jurídica, conforme tem decidido o STF (AgRgREAg nº 756636 e AgRgRE nº 765486), no sentido de que o fato gerador do ICMS nasce da circulação física da mercadoria combinada com o negócio jurídico.

Posicionamento este também do STJ, conforme preconiza a Súmula 166 e apreciação em sede de Recurso especial submetido ao regime repetitivo do art. 543-C do CPC e Resolução STJ 08/2008 no RESP 1125133/SP, posicionamento que também tem sido adotado pelo TJ/BA conforme Decisão contida no APL 03236775120128050001 BA, julgado em 11/02/14.

Por tudo que foi exposto, requer que seja negado provimento ao Recurso de Ofício.

Na assentada do julgamento o recorrente verbalmente disse que renunciava a apresentação dos argumentos relativos à aplicação do instituto da decadência do período de janeiro a junho/09 e da aplicação da Súmula nº 166 do STJ sobre as operações de transferências.

Solicitou que na situação presente fosse aplicado o mesmo posicionamento contido na Decisão do Acórdão CJF 329-11/15, no qual foi acatada a tese de não causar prejuízo ao Erário e impossibilidade de requerer a restituição de indébito, por já ter decorrido prazo superior a cinco anos.

## VOTO

Verifico que no Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF, que julgou Improcedente o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal por ter sido destacado imposto a maior em documentos fiscais, foram aduzidas duas teses, vencido o voto da Relatora.

No voto proferido pela Relatora, foi fundamentado que no período fiscalizado a legislação tributária previa a redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas e:

- a) Tendo sido concedido Regime Especial de Apuração Centralizada a partir de abril de 2011, qualquer erro na tributação nas operações de transferências internas, entre estabelecimentos da BRASKEM, não causa prejuízo ao Fisco, sendo desnecessária qualquer medida de correção, cuja sistemática de apuração do imposto neutraliza possíveis reflexos que pudessem causar prejuízo para o autuado ou para o Fisco estadual e votou pela improcedência da autuação no período a partir de abril/2011;
- b) Quanto ao período de janeiro de 2009 a março de 2011, fundamentou que houve infração à legislação do ICMS, observado a regra de autonomia dos estabelecimentos, posicionamento que foi adotado na Decisão contida no Acórdão CJF nº 0078-11/15.

Por sua vez, o voto vencedor proferido por um dos Julgadores da 5ª JFJ acompanhou a Relatora quanto à exclusão do período de abril de 2011 a dezembro de 2012, e apreciou que com relação ao período de janeiro de 2009 a março de 2011, o sujeito passivo nas operações de transferência se debitou pela alíquota de 17%, quando o correto seria a alíquota de 12%, porém a diligente da ASTEC, conclui que não houve qualquer prejuízo para o Erário estadual, e proferiu o voto vencedor pela improcedência total do Auto de Infração.

Considerando que o patrono do autuado na sessão de julgamento que renunciou aos argumentos relativos à aplicação do instituto da decadência e da aplicação da Súmula 166 do STJ sobre as operações de transferências, verifico que conforme apreciado na Decisão contida no Acórdão CJF 078-11/15, a LC 87/96 ampara tal exigência. Ou seja, a Constituição Federal estabeleceu competências aos Estados para instituir o ICMS (art. 155, § 2º, XII, “i” e 146, III, “a”) e o disposto no art. 146, III, “a” do mesmo diploma legal, determina que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais, em relação aos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Na situação presente, conforme disposto no art. 12, I da citada Lei Complementar “*considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento ... da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*”, cuja base de cálculo é o valor da operação (art. 13, I) e o próprio estabelecimento tributou as operações de transferências internas, só que não aplicando a redução de base de cálculo prevista na legislação do ICMS o que implicou na apropriação de montante de crédito fiscal em valor superior ao que tinha direito.

Dessa forma, concluo que o lançamento tem suporte legal, visto que obedece a hierarquia tributária (CF, LC 87/96 e Lei nº 7.014/96).

No que se refere ao afastamento da exigência fiscal relativo ao período de abril/2011 a dezembro/2012, considero correto o posicionamento da Decisão, visto que conforme apreciado no Acórdão CJF 0078-11/14, tendo sido deferida apuração centralizada do ICMS (BRASKEM), mesmo tendo o remetente em transferência destacado imposto a mais que o previsto na legislação, o destaque indevido não traz impacto nas respectivas apurações, dado que a apuração centralizada seria capaz de anular e ajustar-se, sem causar qualquer prejuízo para a empresa ou para o Fisco Estadual, fatos reconhecidos no processo (Parecer da GETRI e da ASTEC/CONSEF).

No tocante à autuação relativa ao período de janeiro de 2009 a março de 2011, entendo que está correta a fundamentação expendida pela Relatora no voto vencido, visto que houve infração à legislação do ICMS, tendo em vista que a operação de transferência de mercadoria (eteno) era contemplada com Redução de Base de Cálculo (RBC - art. 87, XLI do RICMS/97; art. 268, XXXIII, § 1º do RICMS/12) e a empresa destacou o imposto com a alíquota de 17%, promovendo crédito fiscal ao estabelecimento destinatário a mais, pois o previsto com a RBC era de 12%, respeitando o princípio de autonomia dos estabelecimentos. Este posicionamento foi adotado na Decisão contida no Acórdão CJF nº 0078-11/15, conforme fundamentado pela Relatora.

Entretanto, levando em consideração os argumentos expendidos pelo autuado, nesta situação específica considero que com relação aos valores exigidos no período de janeiro de 2009 a março de 2011:

- a) Restando caracterizado a utilização indevida do crédito fiscal até março de 2011, ficou

comprovada a tributação indevida pela alíquota de 17% nas operações de transferências de eteno, que eram contempladas com RBC (art. 87, XLI do RICMS/97), gerando o direito de restituição de indébito pelo estabelecimento remetente em igual valor exigido a título de utilização indevida de crédito fiscal pelo estabelecimento que recebeu a mercadoria em transferência.

- b) Como este julgamento está ocorrendo no fim do mês de fevereiro do ano de 2016, na prática a publicação do Acórdão no mês seguinte (março de 2016), já ultrapassou o prazo legal de cinco anos ao estabelecimento remetente, para que pudesse requerer restituição de indébito.

Assim sendo, nesta situação específica, mesmo que o procedimento adotado pelo estabelecimento autuado não esteja em conformidade com o que prescrevia a legislação tributária, conforme apurado pela diligente da ASTEC, o crédito utilizado a mais (17% ao invés de 12%), foi também debitado a mais no estabelecimento remetente e se mantido a exigência fiscal relativo a este período, o remetente já teve o prazo exaurido de requerer restituição de indébito.

Consequentemente, conforme posicionamento adotado no Acórdão CJF 0329-11/15, entendo ser justificável modular esta Decisão, para não configura enriquecimento sem causa da Fazenda Pública Estadual, se mantido a exigência relativo à utilização indevida do crédito fiscal por parte do destinatário, diante da impossibilidade temporal do remetente poder requerer a restituição de indébito por parte do estabelecimento remetente, com relação aos valores destacado a maior nos documentos fiscais emitidos no período de janeiro de 2009 a março de 2011.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **297515.0004/14-1**, lavrado contra **BRASKEM S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS