

A. I. Nº - 206854.0003/15-8
AUTUADO - BRASKEM S.A.
AUTUANTES - LUIZ CARLOS PRATES SANTOS e ANTONIO TORRES DE BARROS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/11/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0184-01/16

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Foi retirado da exigência fiscal multa aplicada sobre notas fiscais que referiam-se a prestações de serviço sujeitas ao ISS. Infração 1 subsistente em parte. **b) ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS.** Multa reduzida para 1% em razão da nova redação dada ao inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, de acordo com a alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN. Infração 2 subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) FALTA DE RETORNO DE MERCADORIAS E BENS ENVIADOS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO OU CONSERTO.** Autuado comprovou a não aplicação da infração a duas notas fiscais. Uma não correspondeu a uma saída efetiva e a outra referiu-se à devolução de bem locado. Infração 3 subsistente em parte. **b) FALTA DE INTERNALIZAÇÃO DE MERCADORIA REMETIDA PARA ZONA FRANCA DE MANAUS.** Comprovada a internalização da mercadoria na Zona Franca de Manaus mediante apresentação do livro registro de entradas e relatório do SPED do destinatário das mercadorias. Infração 4 insubsistente. **c) DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO.** As mercadorias adquiridas foram caracterizadas como destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Infração 9 subsistente. **3. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Autuado não incluiu na base de cálculo o valor do IPI destacado na nota fiscal de aquisição. Valor da exigência fiscal retificado em razão da falta de compensação de créditos fiscais destacados em três notas fiscais. Infração 5 subsistente em parte. **4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) USO DE VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NA NOTA FISCAL. b) USO DE VALOR DESTACADO EM DOCUMENTO CANCELADO PELO EMITENTE.** Autuado reconheceu a utilização indevida. Infrações 6 e 7 subsistentes. **c) MERCADORIA DESTINADA AO USO E CONSUMO.** Ficou caracterizado que as mercadorias se destinavam ao tratamento de água de refrigeração. Infração 8 subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhida a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2015, formaliza a exigência de ICMS e multa no

valor total de R\$1.891.499,20, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (16.01.02) – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos anos de 2013 e 2014, sendo exigida multa no valor de R\$512.489,04, prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 (16.01.01) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos anos de 2013 e 2014, sendo exigida multa no valor de R\$197.975,52, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 3 (02.01.26) – deixou de recolher o ICMS de mercadorias enviadas para industrialização, conserto ou operações similares, sem o devido retorno ao estabelecimento de origem, nos anos de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$260.389,06, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 4 (14.01.03) – deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, no ano de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$65.157,07, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 5 (07.15.02) – recolheu a menor o ICMS antecipação parcial em razão da não inclusão do IPI na base de cálculo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos anos de 2010 a 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$749.682,99, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 6 (01.02.40) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no mês de dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$11.250,00, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 7 (01.02.42) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS com base em documento fiscal cancelado pelo emitente, no mês de outubro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.700,90, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 8 (01.02.02) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos anos de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$65.932,10, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 9 (06.02.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos anos de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.922,52, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

O autuado apresentou documentação das fls. 115 a 128 para anunciar o reconhecimento da reclamação de crédito constantes nas infrações 6 e 7 e o seu respectivo pagamento com as reduções de encargos e penalidades previstas na Lei nº 13.499/2015.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 144 a 193, informando que é empresa industrial dedicada à produção de polietileno de alta e baixa densidade. Além do reconhecimento e pagamento das infrações 6 e 7, o autuado reconheceu parcialmente as infrações 3, 5 e 8.

O autuado considera que o lançamento de ofício relativo a fatos geradores ocorridos entre agosto e novembro de 2010, existentes na infração 5, já estão atingidos pela decadência.

O autuado entende que, de acordo com § 4º do art. 150, uma vez verificado o pagamento

antecipado do tributo e decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, reputa-se tacitamente homologado o procedimento efetivado e extinto o crédito tributário.

Como o lançamento de ofício foi efetuado em 14/12/2015, já havia ocorrido a homologação tácita dos pagamentos relativos aos fatos geradores ocorridos entre agosto e novembro de 2010. Apresentou doutrina e jurisprudência a favor desta tese.

Destaca, ainda, que o § 5º do art. 107-B da Lei nº 3.956/81, que daria respaldo ao entendimento que a contagem da decadência se iniciava no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, já havia sido revogado pela Lei nº 13.199, de 29/11/2014.

No mérito, em relação à infração 1, o autuado reconhece a falta de escrituração das notas fiscais constantes no demonstrativo de débito e justifica o fato à falha em seu sistema de controle interno. Por não ter ocorrido dolo nem falta de pagamento do imposto, requer, com fulcro no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o cancelamento da exigência ou, subsidiariamente, a sua redução para a quantia equivalente a, no máximo, 5% do montante exigido.

Afirma que 90% das notas fiscais não escrituradas referem-se a retornos simbólicos de mercadorias de sua propriedade, depositadas em armazéns contratados. Apresentou cópias de algumas notas fiscais de venda, cuja operação ocasionou a emissão das notas fiscais de retorno objeto da exigência.

Declara que as notas fiscais emitidas pela empresa Ecolab Química Ltda., referem-se a prestações de serviços de análise laboratorial, cuja atividade está sujeita exclusivamente ao ISS, conforme item 07 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03. Assim, não estaria obrigada a efetuar o seu registro no livro de entradas.

Diz que outras notas referem-se a retornos de mercadorias ou bens anteriormente enviados para conserto. Apresentou demonstrativo, (fls. 271 a 364), com cópias das notas fiscais, para comprovar que foi observado o prazo de 180 dias para que ocorresse o retorno ao abrigo da suspensão do ICMS prevista no RICMS.

Em relação à infração 2, o autuado também reconhece que deixou de efetuar a escrituração das notas elencadas por falha em seu sistema interno de controle. Porém, lembra que, na data da lavratura do Auto de Infração, já estava em vigor a Lei nº 13.461/2015 que reduziu o percentual da multa aplicável para 1%. Assim, com base no art. 106 do CTN. Requer a sua aplicação retroativa aos fatos pretéritos não definitivamente julgados.

Reclama, também, do tratamento dado à Nota Fiscal nº 41.385, pois representou parcela de ICMS decorrente da diferença entre o valor destacado na nota fiscal da remessa anterior para armazém em outra unidade da Federação e o valor efetivamente destacado na nota fiscal posterior de venda. Para estornar o montante a mais do ICMS, creditado quando do recebimento da mercadoria para armazenagem, o armazém emitiu esta nota fiscal para compensação deste crédito (fls. 367, 369, 371 e 373).

Por esta razão, também entende que a Nota Fiscal nº 41.385 não se amolda ao tipo penal encartado no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, requerendo que seja aplicada a multa prevista no inciso XXII do art. 42 da referida lei ou que a multa de 1% recaia sobre o valor do ICMS destacado na nota fiscal de R\$36.748,50 e não sobre o valor de R\$524.978,57, apurado a partir do valor do ICMS destacado na nota fiscal considerando-se a alíquota de 7%.

Em relação à infração 3, o autuado reconheceu a procedência de parte do imposto reclamado, mas contesta a exigência em relação às Notas Fiscais nºs 70.686 e 89.358. Diz que a Nota Fiscal nº 70686 foi emitida com o intuito de remeter equipamento para conserto, cuja saída acabou sendo abortada, mas o documento, por equívoco, não foi cancelado. O autuado alega que anexou declaração da empresa referida no documento fiscal como destinatária atestando não haver prestado serviços de reparo no citado equipamento, mas tal declaração não consta efetivamente no processo.

Em relação à Nota Fiscal nº 89358, diz tratar-se de devolução de uma plataforma aérea de trabalho

de 80 pés da marca Grove, que houvera sido tomado em locação da empresa Solaris Equipamentos e Serviços Ltda., mas que, por engano, foi emitida com CFOP 5915 em vez de 5949. Apresenta Nota Fiscal nº 2374 (fl. 377), emitida pelo suposto locador, onde poderá ser comprovado tratar-se do mesmo bem.

Em relação à infração 4, o autuado reconhece que a SUFRAMA não emitiu a declaração de internamento prevista no Convênio ICMS 23/08. Informa que prestou todas as obrigações exigidas na legislação, conforme documentos das fls. 381 a 391. Entretanto, a empresa transportadora não apresentou à SUFRAMA o manifesto de carga para fins de homologação do processo de ingresso.

Para suprir esta falha e comprovar o ingresso efetivo das mercadorias, o autuado anexou das fls. 393 a 403 o livro registro de entradas do destinatário e relatórios do SPED, comprovando a internalização das mercadorias na Zona Franca de Manaus. Cita Decisões do CONSEF por meio dos Acórdãos CJF Nºs 0236-11/14 e 0282-12/15 que confirmam a improcedência da exigência quando comprovado por outros meios o efetivo internamento das mercadorias na Zona franca de Manaus.

Em relação à infração 5, o autuado entende que, por ser contribuinte do IPI, na base de cálculo do ICMS devido por antecipação parcial não deve ser incluída a parcela referente ao IPI, conforme disposto no § 2º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96. Entende que a base de cálculo sobre qual deve incidir a alíquota interna não pode ser outra senão aquela sobre a qual recairá a incidência definitiva.

Anexou notas fiscais de saídas para demonstrar que é contribuinte do IPI nas saídas subsequentes que realiza com polipropileno homopolímero, polietileno e copolímero randon, que são os produtos que estão sendo exigidas as diferenças em razão da não inclusão do IPI na base de cálculo.

Acrescenta, também, que pelo fato das mercadorias já terem sido vendidas na ocasião da lavratura do presente Auto de Infração, não mais deveria ser exigido imposto, mas apenas multa com base no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Alega, ainda, que, em relação às Notas Fiscais nºs 529921, 529922 e 529923, referentes ao recebimento em transferência de copolímero randon e polietileno de alta densidade de seu estabelecimento localizado na cidade de Triunfo/RS, não foi deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição no cálculo do imposto devido por antecipação parcial.

Em relação às infrações 8 e 9, o autuado tenta descrever o seu processo produtivo anexando parecer técnico produzido pelo Núcleo de Bionanomanufatura do Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT (fls. 415 a 488). Explica que a produção de polietileno ocorre a partir de processo de polimerização de matérias-primas, materiais secundários e catalizadores em reator. Concluída essa reação, o polímero na forma de pó passa por uma recuperação do gás não reagido. Depois, o pó seco recebe aditivos e são conformados em pallets (granulado na forma de pequenas esferas) onde são embarcados e comercializados.

Informa que antes de colocar no reator, os insumos passam por processo de purificação para retirada de contaminantes como água, enxofre, oxigênio, dióxido de carbono e outros elementos. A purificação é realizada em diversas torres e em colunas de degaseificação onde existem peneiras moleculares que retêm as impurezas presentes nos materiais. Quando essas peneiras ficam saturadas, é utilizado nitrogênio aquecido para remoção dos venenos catalíticos.

Na etapa de recuperação dos gases não absorvidos, o objetivo é manter o leito fluidizado no reator. A agitação dos gases e das partículas sólidas de polímero proporciona a homogeneidade do processo e promove a adequada e eficiente transferência de calor entre o leito fluidizado e as partes do reator.

Durante o processo de reação, entra em operação o sistema resfriador que, a partir da circulação de água clarificada aditivada, reduz a temperatura do gás de reciclo, fundamental para obtenção

dos produtos desejados. Para que esta água esteja em condições adequadas de uso e função, é necessário o uso dos produtos hipoclorito de sódio, carbonato de sódio, ácido sulfúrico, inibidores de corrosão e algicidas nalco, trasar, 3dt, continuum aec, spectrus, trasar inorgânico, dianodic dn 2106, flogard, corshied, além de agentes biocidas e biodispersantes nalsperse.

Após a fase de reação, tem início a fase de purga do polímero em pó que objetiva a retirada dos hidrocarbonetos contaminados, mediante a injeção de nitrogênio gasoso que também é removido ao final do processo. Depois a resina passa por uma peneira, onde é separado os aglomerados remanescentes e segue para as etapas de aditivação e granulação.

Após a fase de purga, ocorre a etapa de recuperação de gases com objetivo de recuperar alguns comônômeros da corrente de gases do silo de purga. O gás purgado escoar para um tanque de compensação, onde é utilizado para auxiliar no transporte do produto na fase densa. Nesta fase é utilizada uma mistura de 48% de água e 52% de monoetilenoglicol como refrigerante secundário para resfriar o processo até a temperatura necessária.

Na fase de aditivação são utilizados aditivos líquidos e sólidos que são misturados ao pó de polietileno em um resfriador especial, através do sistema com corrente de nitrogênio líquido.

Através de rotação de dois parafusos sem fim contra rotantes no interior de um cilindro aquecido ocorre a mistura e fusão do pó de resina com os aditivos dispersados na mesma. O calor necessário para promover a fusão do material é fornecido por camisas na parte externa do cilindro que operam com circulação de vapor d'água ou com água clarificada aditivada.

Uma vez fundido, o material passa por uma matriz perfurada e aquecida por vapor onde é conformado na forma de “espaguete”, sendo cortado na sequência por uma faca rotativa. O corte se faz em banho de água que circula em circuito fechado para que não haja nenhum tipo de contaminação do material. Isto porque, dentre as suas diversas aplicações, o polietileno é utilizado como insumo na fabricação de produtos médicos e hospitalares. Além de transportar os pallets, a água tem a função de resfriá-los.

Depois de separados da água em uma centrífuga, os pallets seguem para os silos de estocagem e, após terem a sua qualidade testada mediante análise laboratorial, são remetidos para embalagem em sacarias ou containers flexíveis – big bags.

Explicado o processo produtivo, o autuado discorda da glosa de crédito e da cobrança de diferencial de alíquotas em relação aos seguintes produtos:

1. INIBIDOR CORROSAO TRASAR 3DT 185.11 40KG, INIBIDOR CORROSAO NALCO 7384.11L-4, BIODISPERSANT ORG NALSPERSE 7348.11R 25K, DISPERSANTE INORG TRASAR 3DT 102.11-24KG, BIOCIDA NAO OXIDANTE 7330.11L-25KG – Agentes biocidas e biodispersantes que são adicionados à água, que circula através do casco dos resfriadores em sistema de contracorrente, na fase de reação e têm a função de mantê-la em condições adequadas ao uso e funcionalidade.
2. CILINDROS RETORNÁVEIS – Em verdade se constituem em embalagem de acondicionamento de catalizadores utilizados na fase de reação. Tais cilindros são importados em regime de admissão temporária, sendo posteriormente devolvidos ao fornecedor Univation Technologies. Assim é que, tratando-se de embalagem retornável de matéria prima utilizada no processo fabril, não há justificativas que respaldem a glosa do crédito, tal como procedeu a fiscalização.

Em resumo, o autuado requer que:

1. seja declarada a decadência do direito do Fisco Estadual de lançar o ICMS supostamente recolhido a menor nas competências agosto a novembro de 2010 nos termos do artigo 150, parágrafo 4º, cumulado com o artigo 156, inciso VII, do Código Tributário Nacional;
2. seja julgada parcialmente procedente a infração 1, excluindo-se do montante exigido os valores correspondentes às notas fiscais que abarcaram as operações com a ECOLAB QUÍMICA

LTDA., e, ato contínuo, com fulcro no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, seja a penalidade cominada cancelada ou, subsidiariamente, reduzida em 95% (noventa e cinco por cento);

3. seja julgada parcialmente procedente a infração 2, excluindo-se do montante exigido, o valor correspondente à Nota Fiscal nº 41.385 emitida pela STOLTHAVEN SANTOS LTDA., e, ato contínuo, com fulcro no artigo 106 do CTN seja a penalidade cominada para reduzida para 1% (um por cento);
4. sejam julgadas parcialmente procedentes as infrações 3, 5 e 8;
5. sejam julgadas improcedentes as infrações 4 e 9;
6. sejam homologados os pagamentos relativos às exigências das infrações 3, 5, 6, 7 e 8.

Porfim requer a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligência fiscal, com o fito de atestar as alegações contidas na presente peça, bem assim de analisar a documentação ora colacionada.

Posteriormente, o autuado apresentou ofício informando que teria solicitado a quitação de parte dos débitos das infrações 3, 5, 8, nos valores de R\$100.770,16, R\$4.056,83 e R\$6.663,70, respectivamente (fls. 518 e 519).

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 524 a 531, informando que, em relação à infração 3, como não houve o cancelamento da Nota Fiscal nº 70686 e como o autuado não anexou declaração do destinatário de equipamento que seria enviado para conserto, atestando o seu não recebimento, mantém a exigência de R\$102.000,00.

Entretanto, concorda com as argumentações do autuado em relação a Nota Fiscal nº 89358 pois provou tratar-se de uma operação de devolução de bem locado. Assim, reduziu a exigência da infração 3 para R\$202.770,16.

Em relação à infração 5, os autuantes discordam quanto à decadência do direito da fazenda Pública de exigir os débitos referente ao período de agosto a novembro de 2010, pois o prazo decadencial é contado nos termos do inciso I do art. 173 do CTN.

Também não concordam com as argumentações do autuado em relação à não inclusão do IPI na base de cálculo da antecipação parcial. Diz que a parcela do IPI não deve ser computada na saída efetuada pelo fabricante, mas compõe no caso em lide conforme item 8 do manual da Antecipação parcial, editado pela SEFAZ.

Discorda, ainda, da afirmação do autuado de que somente deveria ser aplicada a multa já que a saída subsequente foi tributada. De acordo com os autuantes, a maioria das saídas subsequentes ocorrem com diferimento e na outra parte não há recolhimento de tributo em razão da grande quantidade de crédito acumulado.

Relativamente às Notas Fiscais nºs 529921/92/93 do mês de agosto/2014, os autuantes informam que refizeram os cálculos, reduzindo a exigência de agosto/2014 para R\$11.818,10 e o valor total da infração para R\$743.700,30.

Em relação à infração 8, os autuantes informam que tem se baseado no Parecer PROFI 01/81 que considera produto intermediário aquele que não se incorpora ao produto final, mas participam do processo, nele se consumindo. São essenciais ao processo produtivo. Desta forma, consideram como material de uso e consumo os seguintes produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração com objetivo de conservação e preservação dos equipamentos:

1. inibidores de corrosão – que depositam uma fina camada de sais de zinco e polifosfatos sobre os metais dos trocadores de calor, para evitar uma corrosão acelerada das tubulações e equipamentos do sistema;
2. dispersantes ou antincrustantes – que controlam a taxa de deposição de sais no sistema, evitando que haja uma deposição excessiva;

3. biocidas – que evitam o crescimento desordenado de micro organismo no sistema, evitando os depósitos orgânicos e a consequente corrosão bacteriana sob esses depósitos.

Os autuantes reconhecem que não deveriam ter efetuado a glosa de créditos referentes aos cilindros retornáveis por se constituírem em embalagem de acondicionamento de catalisadores utilizados na fase de reação. Entretanto, o crédito indevido fica caracterizado em razão do não pagamento do imposto destacado nas notas fiscais de retorno dos cilindros. Mantém a exigência inicial desta infração.

Em relação à infração 4, os autuantes concordam com as argumentações da defesa e sugerem a exclusão da reclamação do crédito.

Em relação às infrações 1 e 2, os autuantes consideram descabida a pretensão de cancelamento ou redução da multa aplicada. Consideram as obrigações acessórias de fundamental importância para a administração tributária, pois visa o controle da obrigação principal.

Concordam com o autuado em relação às notas fiscais emitidas pela ECOLAB QUÍMICA TODA., pois referem-se a prestação de serviço sujeita ao ISS, ficando reduzida a multa da infração 01 para R\$512.099,11.

Os autuantes não concordam com a alegação da defesa em relação à Nota Fiscal nº 41385, pois a multa deve incidir sobre o montante que gerou o imposto destacado. Assim, mantém a exigência inicial da infração 2 e remete ao CONSEF a decisão acerca da aplicação da nova multa de 1% em decorrência da Lei nº 13.461/2015.

Os autuantes informaram o valor que resta a pagar, considerando os pagamentos e os pedidos de compensação do débito com crédito fiscal acumulado.

O autuado apresentou requerimento solicitando emissão de DAE para pagamento da infração 2 no percentual de 1% definido na redação dada pela Lei nº 13.461/2015 (fls. 575 e 576).

Posteriormente, o autuado apresentou manifestação das fls. 578 a 591, reiterando que o pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada na infração 1 tem fulcro no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 que atribui ao CONSEF essa a prerrogativa de cancelar ou reduzir as penalidades impostas pelo descumprimento de obrigações acessórias, sempre que restar evidenciado que a conduta infracional não foi cometida com dolo, fraude ou má fé e que não ocasionou falta de recolhimento do imposto.

Lembra que a quase totalidade das notas fiscais objeto da exigência – cerca de 90% – se referem a operações internas de retorno simbólico dos produtos que industrializa, mantidos em armazém geral localizados neste Estado.

Entende que a falta de escrituração das notas fiscais de retorno simbólico de mercadorias mantidas em armazém não possui potencial lesivo ao Erário que justifique a manutenção da penalidade tal como originalmente lançada.

Ratifica o pedido de aplicação da multa de 1% na infração 2 com base nas disposições contidas na Lei nº 13.461/2015, conforme já requerido em processo dirigido à SAT e ressalta que requereu à Superintendência de Administração Tributária - SAT, a expedição de Certificado de Crédito em favor do estabelecimento autuado com o objetivo de proceder à quitação da quantia que entende devida, correspondente, a seu turno, a 10% do montante originalmente lançado, acrescido dos respectivos encargos moratórios (fls. 593 e 594).

No que diz respeito à Nota Fiscal nº 41.385, ratifica os argumentos apresentados em sua defesa, no sentido da improcedência do lançamento por não se tratar de tipo que se amolda à penalidade prevista no inciso X do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Em relação à infração 3, o autuado junta declaração do contribuinte destinatário da Nota Fiscal de nº 70686 afirmando que não recebeu os bens referidos na citada nota como enviados para conserto (fl. 596).

Em relação à infração 5, insiste na tese de que os recolhimentos efetuados, relativamente aos fatos geradores ocorridos entre agosto e novembro de 2010, já se encontravam devidamente homologados na data da realização do lançamento de ofício, por força do artigo 150, § 4º do CTN.

Lembra que, na data da lavratura do Auto de Infração, o § 5º do artigo 107 B da Lei nº 3.956/81, que supostamente daria supedâneo ao procedimento fazendário, já havia sido revogado pela Lei nº 13.199 de 29/11/2014.

No mérito, afirma que a base de cálculo sobre qual deve incidir a alíquota interna não pode ser outra senão aquela sobre a qual recairá a incidência definitiva vale dizer o valor da operação de revenda. Diz que não incluiu o IPI na base de cálculo porque não faz parte da base de cálculo na operação subsequente que realiza. Isto porque é contribuinte do IPI também em relação aos produtos Polipropileno Homopolímero, Polietileno e Copolímero Randon que adquire para comercialização, por força do § 6º do art. 9º, do Decreto nº 7.212/2010 que aprovou o Regulamento do IPI. Cita interpretação da Receita Federal nesse sentido.

Alega, também, que as saídas por revenda, apesar de tributadas, têm a exigência do imposto postergada para momento ulterior porque alcançadas pelo diferimento. Assim, o autuado entende que tal circunstância não implica afirmar que ela não possa ser beneficiária das disposições contidas no § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Lembra que art. 276 do RICMS/BA, em razão desta situação peculiar – saída posterior alcançada por diferimento - admite que, mediante autorização do Diretor da Administração Tributaria, o recolhimento a título de antecipação parcial seja dispensado.

Em relação às infrações 8 e 9, o autuado reclama que os autuantes tentam manter o lançamento alterando a sua motivação, procedimento que evidencia de forma notória a nulidade do procedimento.

Confirma que os documentos acostados aos autos evidenciam que, independentemente do regime de admissão temporária adotado para importação dos cilindros, houve destaque e recolhimento do ICMS, razão pela qual faz jus ao crédito seja porque se trata de operação atrelada à aquisição de insumos – catalisadores – e destinada à industrialização de produtos, cuja saída posterior é tributada, seja porque o imposto foi recolhido de forma indevida, já que a operação estava acobertada pelo instituto da suspensão.

Os autuantes apresentaram nova informação ao processo às fls. 600 e 601, entendendo que a manifestação apresentada pelo autuado das fls. 575 a 591 deveriam ser desprezadas pelo CONSEF em razão de ter sido entregue após o prazo de 60 dias da intimação.

Entretanto, acata o pedido do autuado e reconhece que o valor de R\$102.000,00, referente à Nota Fiscal nº 70686, deve ser retirado do Auto de Infração, pois ficou comprovado, com a declaração do destinatário indicado no documento, que a circulação do bem realmente não ocorreu.

Em 29 de julho de 2016, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal remeteu o processo em diligência para que o autuado tomasse ciência da informação fiscal prestada às fls. 600 e 601 que reduziu em parte a reclamação de crédito após a sua última manifestação.

O autuado anexou à fl. 611 Nota Fiscal Avulsa nº 790838, emitida pela SEFAZ, confirmando a utilização de créditos acumulados para quitação da infração 2 no valor de R\$24.731,83, conforme requerido às fls. 575 e 576.

O autuado apresentou nova manifestação fiscal das fls. 659 a 669, discordando da alegação dos autuantes de que sua manifestação apresentada das fls. 575 a 591 deveria ser desprezada por ter sido entregue após 60 dias da intimação, pois nenhum dos argumentos trazidos naquela ocasião se constituiu em elemento novo. Diz que nada mais fez do que exercer o seu direito de replica, reiterando as razões de fato e de direito já apresentadas, realçando alguns aspectos que julgou serem mais determinantes para o provimento de sua defesa.

O autuado reiterou as razões de defesa manifestadas anteriormente e requereu que fossem

ratificadas as desonerações realizadas pelos autuantes; que fossem integralmente acolhidas as razões apresentadas na defesa e na manifestação prévia, com o consequente reconhecimento da improcedência parcial do Auto de Infração; e que fosse determinada a homologação dos recolhimentos efetuados.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O autuado reconheceu a procedência das infrações 6 e 7, restando o deslinde das reclamações constantes nas demais infrações.

Indefiro o pedido de diligência fiscal feito pelo autuado por entender que os documentos acostados aos autos são suficientes para se chegar a uma decisão sem margem de dúvidas.

O art. 107-A do COTEB previa na época dos fatos geradores que deram causa ao presente lançamento tributário que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingui-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O § 4º do art. 150 do CTN estabelece que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador. Deste modo, prevalecia o disposto no art. 107-A do COTEB em relação ao CTN quanto ao início da contagem do prazo decadencial, pois previsto expressamente em lei estadual.

Assim, em relação à arguição de decadência do direito da fazenda pública de exigir o crédito reclamado referente aos fatos geradores ocorridos antes de novembro de 2010, entendo que, apesar da revogação do art. 107-A do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei nº 13.199, de 28/11/2014, ainda não havia esgotado o prazo decadencial. A revogação do art. 107-A do COTEB não pode ter aplicação retroativa a atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais se incluem os fatos geradores do ICMS praticados anteriormente à vigência da Lei nº 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências, encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014). Assinale-se que a PGE/PROFIS, nos autos do Processo nº 207101.0002/14-6, exarou Parecer com entendimento correspondente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei nº 13.199/2014 conter norma jurídica não procedimental, os seus efeitos não podem retroagir. Assim, rejeito a arguição de decadência.

Indefiro o pedido de cancelamento ou redução da multa na infração 1. A falta de escrituração fiscal de documentos prejudica a ação fiscalizadora, ainda que se trate de operações com mercadorias não tributáveis. A falta de escrituração leva o agente fiscal a trabalhar na perspectiva de suposições infracionais que atrapalham o curso da fiscalização. Como disseram os autuantes na informação fiscal, o não cumprimento de obrigações acessórias de uma forma geral compromete totalmente a eficiência fiscal. Além disso, a falta de escrituração não se constituiu em eventualidade, mas ocorreu de forma reiterada durante dois anos.

Acato a decisão dos autuantes em retirar da exigência fiscal as multas relativas à falta de escrituração das notas fiscais emitidas pela empresa Ecolab Química Ltda. Tais notas referem-se a prestações de serviços sujeitas ao ISS e o autuado não tinha obrigação de escriturá-las. Assim, reconheço parcialmente procedente a infração 1, ficando reduzida para R\$512.099,11, nos termos do demonstrativo das fls. 532 a 540, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO
JAN/2013	42.079,24	42.065,39
FEV/2013	16.005,38	15.990,65
MAR/2013	33.630,10	33.615,37
ABR/2013	57.660,56	57.645,83
MAI/2013	13.837,25	13.807,79

JUN/2013	28.695,36	28.695,36
JUL/2013	24.593,05	24.563,59
AGO/2013	20.368,87	20.354,14
SET/2013	14.058,66	14.058,66
OUT/2013	44.504,72	44.475,26
NOV/2013	16.791,91	16.791,91
DEZ/2013	14.208,46	14.164,27
JAN/2014	24.514,11	24.499,38
FEV/2014	17.648,19	17.633,46
MAR/2014	16.923,29	16.908,55
ABR/2014	14.327,60	14.312,00
MAI/2014	7.519,12	7.503,52
JUN/2014	8.806,44	8.790,84
JUL/2014	14.907,21	14.891,62
AGO/2014	18.571,91	18.556,31
SET/2014	11.717,70	11.702,10
OUT/2014	15.520,58	15.504,98
NOV/2014	11.668,68	11.653,08
DEZ/2014	23.930,65	23.915,05
TOTAL	512.489,04	512.099,11

Em relação à infração 2, não deve ser mais aplicada a multa de 10% pela falta de escrituração de nota fiscal referente à entrada de mercadoria tributada. Assim, concordo com o pedido do autuado quanto à alteração da multa a ser aplicada na infração 2 em decorrência da nova redação dada ao inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 13.461/15. A multa a ser aplicada deve ser de 1% e não de 10%, como consta no Auto de Infração. De acordo com a alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Em relação à falta de escrituração da Nota Fiscal nº 41.385 (fl. 367), emitida por armazém para ajustar o valor da mercadoria depositada em seu estabelecimento, mas comercializada com preço inferior ao anteriormente remetido pelo autuado, entendo que a multa também deve ser mantida. Assim como ocorre no reajustamento de preço, em que é emitido documento fiscal complementar cuja base de cálculo deve ser correspondente à diferença de preço, havendo diminuição do preço efetivo de venda, deve ser emitida uma nota fiscal complementar para compensação do valor creditado a mais pelo armazém. Apesar de não ter sido expresso no documento fiscal a base de cálculo do ICMS a ser compensado, o autuante o fez acertadamente no demonstrativo de débito. Convém destacar que esse valor se constitui em legítimo crédito fiscal para o autuado.

Deste modo, considero procedente (em parte), com redução da multa de 10% para 1%, a infração 2 no valor de R\$19.797,55, já quitado com a utilização de créditos fiscais acumulados, conforme documentos das fls. 611 a 614.

Em relação à infração 3, entendo que as Notas Fiscais nºs 70686 e 89358 devem ser excluídas da exigência fiscal por falta de recolhimento do imposto. Em relação à primeira, ficou comprovado por declaração do destinatário indicado na nota fiscal que a circulação do bem destinado a conserto efetivamente não se realizou. Em relação à segunda nota fiscal, ficou comprovado que se tratava de devolução de bem locado.

Assim, reconheço a procedência parcial da infração 3, ficando reduzida para R\$100.770,16, nos seguintes termos:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/01/2013	3.060,00
28/02/2013	19.272,70
30/04/2013	8.745,90
31/07/2013	20.911,19
30/09/2013	5.100,00

28/02/2014	1.200,00
31/03/2014	6.800,00
30/04/2014	3.400,00
31/07/2014	31.780,37
TOTAL	100.270,16

Acato a decisão dos autuantes em relação à retirada da exigência fiscal contida na infração 4. Ficou comprovada a internalização das mercadorias remetidas à Zona Franca de Manaus por meio dos registros trazidos aos autos pelo autuado das fls. 393 a 403. Caracterizada a improcedência da infração 4.

Em relação à infração 5, entendo que a exigência do imposto está de acordo com o estabelecido no art. 12-A e no inciso III do art. 23, ambos da Lei nº 7.014/96. A base de cálculo em relação à antecipação parcial do imposto deve ser o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, do qual faz parte o valor do IPI, e não o valor da operação subsequente. Não existe na legislação qualquer ressalva que possa dar respaldo à pretensão do autuado em excluir o valor correspondente ao IPI em razão de eventual incidência do referido imposto na saída subsequente.

Não se aplica o disposto no § 2º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação parcial. O fato gerador da antecipação parcial não é a saída das mercadorias promovida pelo remetente, que está sujeita ao referido dispositivo da lei complementar, mas a entrada da mercadoria. São fatos geradores distintos. Se a mercadoria não chegar ao destino não será devido o imposto por antecipação parcial.

Também não é possível acatar a argumentação do autuado em aplicar ao caso o disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que exige apenas a aplicação da multa quando ocorre o recolhimento do imposto na operação subsequente. Não ficou demonstrado nos autos pelo autuado o valor das supostas operações subseqüentes em que houve efetivamente o débito do ICMS. Operações com diferimento não se enquadram no dispositivo da referida lei.

Acato a decisão dos autuantes em rever a exigência contida no mês de agosto de 2014 por conta da falta de compensação do imposto destacado nas Notas Fiscais nºs 529291/92/93 no cálculo da antecipação parcial devida, todas originadas de transferências oriundas de estabelecimentos da mesma empresa localizados no município de Triunfo/RS. Entretanto, o valor do débito fiscal remanescente da ocorrência de agosto/2014, após a subtração dos créditos fiscais destacados nas referidas notas fiscais (fls. 411 a 413) é de R\$11.367,78, e não de R\$11.818,10 como havia calculado o autuante na informação fiscal. Assim, reconheço em parte a infração 5, ficando reduzida para R\$743.250,01 em decorrência da redução da exigência do mês de agosto de 2014 para R\$11.367,78.

Em relação às infrações 8 e 9, não assiste razão ao autuado em discordar da glosa pelo uso de créditos fiscais nas aquisições de INIBIDOR CORROSAO TRASAR 3DT 185.11 40KG, INIBIDOR CORROSAO NALCO 7384.11L-4, BIODISPERSANT ORG NALSPERSE 7348.11R 25K, DISPERSANTE INORG TRASAR 3DT 102.11-24KG, BIOCIDA NAO OXIDANTE 7330.11L-25KG. Tais produtos não participam do processo produtivo de forma direta. São produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração, por isso não podem ser considerados produtos intermediários. Tem como função manter a água de refrigeração em boas condições de uso e funcionalidade, visando a conservação das tubulações e dos equipamentos do sistema, bem como evitando o crescimento de micro organismos causadores de corrosão bacteriana. Ficando, portanto, caracterizado como material de uso e consumo.

Considero acertada a decisão dos autuantes em glosarem os créditos fiscais referentes às entradas de cilindros retornáveis que serviram de embalagem para mercadorias importadas do exterior. As Notas Fiscais nºs 2539 e 2540 (fls. 490 e 502) revelam tratar-se de entradas de cilindros de aço amparadas pelo regime de admissão temporária cujo ICMS estaria suspenso, conforme descrito no campo “informações complementares”.

O destaque do ICMS nas referidas notas fiscais estão em desacordo com o tratamento de suspensão do ICMS e o uso do crédito fiscal não pode ser admitido sob a argumentação de que

faria jus já que o recolhimento foi indevido, conforme argumentação do autuado à fl. 591. Qualquer recolhimento considerado indevido somente poderá ser recuperado após autorização do fisco em decorrência de análise de requerimento de restituição, nos termos dos art. 73 e seguintes do RPAF, Decreto nº 7.629/99.

A exigência do estorno sob a acusação de tratar-se de mercadoria destinada ao uso e consumo não está equivocada, pois ela é termo usado a toda mercadoria que entra no estabelecimento, cujo crédito fiscal apropriado não se enquadra nas hipóteses destinadas a comercialização, industrialização ou ativo imobilizado.

Reconheço a procedência da exigência fiscal das infrações 8 e 9.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, alterando o lançamento tributário para R\$1.481.222,37, conforme o demonstrativo abaixo, devendo ser homologado pela autoridade competente os pagamento já efetuados pelo autuado referentes às infrações 6 e 7 (fls. 115 a 128); 3, 5 e 8 (fls. 518 e 519); e 2 (fl. 611).

INF.	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	512.489,04	512.099,11	-----
02	PROCEDENTE (com redução da multa)	197.975,52	19.797,55	-----
03	PROCEDENTE EM PARTE	260.389,06	100.270,16	60%
04	IMPROCEDENTE	65.157,07	0,00	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	749.682,99	743.250,01	60%
06	RECONHECIDA	11.250,00	11.250,00	60%
07	RECONHECIDA	14.700,90	14.700,90	60%
08	PROCEDENTE	65.932,10	65.932,10	60%
09	PROCEDENTE	13.922,52	13.922,52	60%
TOTAL		1.891.499,20	1.481.222,37	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração nº **2068540003/15-8**, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$949.325,69**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$531.896,68**, previstas nos incisos IX e XI, com redução benéfica de acordo com o art. 106, II, “c” do CTN, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado pela autoridade competente os pagamentos já efetuados pelo autuado.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR