

| | |
|-------------|--|
| PROCESSO | - A. I. N° 271330.0005/12-9 |
| RECORRENTES | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A. |
| RECORRIDOS | - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSOS | - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3 ^a JJF n° 0121-03/13 |
| ORIGEM | - SAT/COPEC |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET 13/12/2017 |

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0305-12/15

EMENTA: ICMS. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. ICMS RECOLHIDO ESPONTANEAMENTE E FORA DO PRAZO SEM OS ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. **a)** SALDOS DEVEDORES TRANSFERIDOS DAS FILIAIS. É correta a exigência dos acréscimos de mora da infração 01, pois os débitos das filiais apurados nos meses de abril, maio e junho, embora recolhidos forma espontânea, somente foram em julho de 2011, intempestivamente. A irregularidade não resta descaracterizada por eventuais saldos credores, que inclusive não existem, conforme demonstrado pelos autuantes, tampouco por pagamentos a maior, dos quais - caso efetivamente demonstrados, resulta apenas o direito à restituição de indébito. **b)** ESTORNOS DE CRÉDITOS. A expressão "*atraso*" do art. 138-B, II do Regulamento do ICMS de 1997 somente pode ser referente ao pagamento do Auto de infração, jamais ao montante espontaneamente pago da obrigação principal, pois se assim o fosse o "*débito denunciado espontaneamente*" ficaria indevidamente contemplado com 30 (trinta) dias sem correção, o que feriria a lógica, a razoabilidade e o comando expresso do art. 138-B, I do Regulamento do ICMS de 1997 (Lei n° 7.753/2000). Quanto à infração 02, os procedimentos de apuração do imposto com o cotejo débito x crédito devem ser efetuados no bojo dos respectivos meses de competência, observando-se os limites fixados no Regime Especial. Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada. Diligências realizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVADO. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Recurso Voluntário NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, previstos no artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF/1999 (Decreto n° 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), interpostos, respectivamente, pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) e por BRASKEM S/A contra Decisão que, por meio do Acórdão JJF n° 0121-03/13, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado no dia 27/12/2012 - no valor histórico de R\$9.745.060,49 - , para imputar ao contribuinte o cometimento de 2 irregularidades, abaixo transcritas, ambas objeto dos dois Recursos.

INFRAÇÃO 01 - Falta de recolhimento dos acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido nos meses de abril, maio e junho de 2011, pago intempestivamente, mas de forma espontânea. Segundo os autuantes, o recorrente lançou no mês de julho de 2011 os saldos devedores trazidos de outras filiais, em função de Regime Especial aprovado por intermédio do Parecer DITRI n° 18.870/2011, referente aos períodos de abril, maio e

junho do mesmo ano, sem inclusão dos acréscimos moratórios. R\$ 931.932,41 e multa de 60%, prevista no art. 42, VIII da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 02 - Falta de recolhimento dos acréscimos moratórios relativos ao ICMS pago intempestivamente, mas de modo espontâneo. Está dito que no mês de julho de 2011, a sociedade empresária efetuou estornos de créditos fiscais apropriados nos meses de abril e maio do referido ano, sem incluir os acréscimos moratórios. R\$ 8.813.128,08 e multa de 60%, prevista no art. 42, VIII da Lei 7.014/1996.

A JJF (Junta de Julgamento Fiscal) apreciou a lide no dia 15/05/2013, decidindo unanimemente pela Procedência Parcial (fls. 137 a 147), nos termos a seguir reproduzidos:

“VOTO

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

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

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

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

Assim, considero ultrapassadas as questões ordem preliminar.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência para confirmar as alegações da existência de crédito acumulado, recolhimento a mais nos meses de abril, maio e julho de 2011, bem como de que a multa capitulada no art. 138-B, inciso I do RICMS-BA/97, se refere ao instituto da denúncia espontânea inaplicável especialmente em relação à infração 02 que tem como origem o estorno de crédito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, constato que inexiste qualquer dúvida em relação à situação superavitária de créditos fiscais do autuado, bem como dos recolhimentos a mais efetuados, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação e reiterado na manifestação e no memorial apresentados.

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

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

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

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

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

Comprovada inequivocamente a intempestividade, constatada mediante ação fiscal que resultou no presente Auto de Infração, não vislumbro qualquer possibilidade de sua descaracterização, como aduziu, em sede de defesa, o autuado, pelo fato da existência de saldo credor no período de apuração, e muito menos, por ter sido efetuado recolhimento a mais no período fiscalizado. Estes eventos têm regramentos legais próprios e não se comunicam, com a inadimplência ora apurada, de forma direta. Isto é, recolhimento efetuado a mais cabe pedido de restituição que tem rito específico. Já no que tange a comprovada existência de crédito fiscal, efetuado o lançamento de ofício, é possível a sua utilização para pagamento do quanto apurado no Auto de Infração, desde que adotados os procedimentos cabíveis.

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

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

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

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

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

Ao examinar o demonstrativo de apuração elaborado pelo autuante, fl. 06, verifico que o valor da exigência foi apurado de forma equivocada, tendo em vista que foi considerado para o cálculo o previsto no inciso I do art.

138-B do RICMS-BA/97, quando na realidade, por se tratar de lançamento de ofício, deve ser aplicado o inciso II. Com essa constatação, entendo que pelo fundamento acima enunciado deve ser procedida à adequação do demonstrativo elaborado pelo autuado, fl. 06, que resulta na redução do débito para R\$210.841,18, conforme discriminado no demonstrativo abaixo.

[Planilha de fl. 145].

Assim, concluo que a infração 01 subsiste parcialmente.

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

Constatou que não deve prosperar a alegação do sujeito passivo, uma vez que, com a sistemática de apuração centralizada para apuração do imposto devido para cumprimento do Termo de Acordo celebrado todos os procedimentos indispensáveis a sua consecução devem ser realizados dentro do período mensal de apuração. Ressalte-se que tais procedimentos são independentes da existência de crédito acumulado, tendo em vista a obrigação do autuado de somente utilizar os créditos acumulados nos limites fixados no Termo de Acordo.

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

[Planilha de fl. 146].

Assim, resta parcialmente caracterizada a infração 02.

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

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

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

[..]

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

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

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

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF/1999, a 3^a Junta recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0121-03/13.

O sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário (fls. 158 a 171), no qual sustenta que, não obstante o "cancelamento parcial" da exigência, com a redução do valor principal de R\$9.745.060,49 para R\$2.210.969,25 (aplicação dos cálculos previstos no art. 138-B, II do RICMS/97, e não no art. 138-B, I), a autuação não merece prosperar.

A partir de abril de 2011, passou a viger Termo de Acordo que celebrou com este Estado, em razão do qual foi reduzida a carga tributária das operações com nafta e, posteriormente, deferido o imposto nas suas aquisições. Em contrapartida, passou a utilizar créditos acumulados para compensação com saldos devedores em montantes previamente determinados. Comprometeu-se, também, a investir no Estado da Bahia a quantia de R\$650.000.000,00, entre 2009 e 2013.

Para a implementação do compromisso, que tinha como objetivo a correção da distorção causada pelo acúmulo expressivo de créditos, em agosto de 2011, mediante prévio "alinhamento" com a GEINC, gerência da SEFAZ-BA, foi deferido o Regime Especial de Apuração Centralizada de que trata o Parecer nº 18.870/2011. O citado Regime tem efeitos retroativos a abril de 2011, quando passou a valer o deferimento nas aquisições de nafta.

O lançamento de ofício diz respeito ao o início da apuração centralizada, nos meses de abril a junho de 2011, quando alguns débitos e créditos foram ajustados, na competência de julho de 2011.

Tendo em vista o deferimento do Regime Especial, alega que não houve mora e ressalta a necessidade de que se enxergue os seus estabelecimentos como uma universalidade, bem como a condição superavitária da escrita fiscal (recolhimentos a maior e créditos fiscais disponíveis nos meses autuados).

Em relação à infração 01, diz que à época ainda não existiam regras claras quanto à operacionalização da apuração centralizada, tendo sido corrigida a situação em julho de 2011, após novo "alinhamento" com a Secretaria da Fazenda da Bahia.

Por conta de tal dificuldade (inexistência de regras claras), houve recolhimento a maior nos períodos de abril e maio de 2011, nos totais respectivos de R\$33.352.133,99 e R\$8.413.394,44. Também recolheu a maior na competência de julho de 2011, objeto do lançamento, pois o saldo devedor foi de R\$67.350.064,82 e o pagamento de R\$129.798.131,00.

Além disso, havia créditos escriturados e não aproveitados suficientes para a cobertura dos acréscimos de mora exigidos. Na UNIB, unidade autuada, o saldo credor em junho de 2011 foi de R\$389.115.224,19, enquanto na apuração centralizada os créditos não aproveitados das filiais perfaz a cifra de R\$52.390.644,26.

Por isso, conclui que não ocorreu mora que justifique o item 01 do Auto de Infração.

Quanto ao item 02, relativo ao estorno dos créditos apropriados em abril e maio de 2011, aduz que a exigência remanescente após a Decisão da JJF não deve prosperar, já que o efeito na apuração é o de aumentar o saldo devedor. O valor de R\$78.000.000,00 foi transferido para as filiais exatamente para garantir o cumprimento do Termo de Acordo, pois, conforme assinala à fl. 166, no mês de julho de 2011 possuía saldo credor de R\$389.115.224,19. Além disso, neste mesmo mês, o saldo devedor foi de R\$67.350.064,82 e o pagamento de R\$129.798.131,00.

Assim, reitera o entendimento de que não existiu mora.

Caso prevaleça a cobrança, pugna pela recomposição da escrita no período auditado, em razão da existência dos saldos credores e pagamento a maior acima discriminados.

Requer seja negado provimento à remessa necessária, pleiteia a "relevação" das multas e encerra pedindo que o Recurso Voluntário seja provido.

No Parecer de fls. 193 a 195, da lavra da procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento da irresignação, pois as razões nela apresentadas não são suficientes para modificar a Decisão de primeira instância.

Pagamento efetuado a maior e existência de saldo credor não afastam a incidência dos acréscimos moratórios.

O pedido referente à multa somente pode ser apreciado pela Câmara Superior, de acordo com o art. 159 do RPAF/99.

A 3ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF), no dia 30/10/2013 (fl. 197), converteu o feito em diligência à ASTEC/CONSEF, com as seguintes observações:

"I- Que, considerando o Regime Especial aprovado pelo Parecer DITRI 18.870/11, que autorizou a apuração centralizada do ICMS no estabelecimento matriz (fls. 78 e 79), seja elaborado um demonstrativo da conta corrente fiscal do recorrente relativamente ao período de março a dezembro de 2011.

2- Que seja verificado e informado se os lançamentos de que tratam as infrações 1 e 2 (demonstrativos às fls. 6 e 7) implicaram falta de recolhimento ou recolhimento a menos de ICMS, quantificando o valor do imposto que porventura tenha deixado de ser recolhido".

No Parecer ASTEC nº 0049/2014, de fls. 202/203, a auditora fiscal Alexandrina Natália Bispo dos Santos assinala que, para o atendimento da solicitação, são necessárias análise e verificação de todos os livros e documentos do contribuinte, fiscais e contábeis, o que não faz parte da competência da Assessoria Técnica do Conselho.

O recorrente junta manifestação às fls. 210 a 213, reiterando argumentações anteriores e salientando que a ASTEC não foi conclusiva quanto ao esclarecimento das relevantes questões levantadas pela 3ª Câmara de Julgamento Fiscal na solicitação de diligência.

Cientificado da diligência e do seu resultado (fl. 215), um dos autuantes apresenta informação às fls. 218 a 224, na qual salienta, com base nas planilhas juntadas à peça, que apenas em agosto de 2011 houve saldo credor e que nos demais meses ou os saldos foram devedores ou não houve saldo (débitos = créditos).

Portanto, conclui que as irregularidades apontadas nas duas infrações causaram falta de pagamento de ICMS.

Com relação aos créditos acumulados, transcreve, à fl. 220, o inciso IV da cláusula segunda do Termo de Acordo (colacionado na íntegra às fls. 119 a 121), segundo o qual restou vedada a utilização (de créditos acumulados), com exceção do valor acordado (R\$9.100.000,00 por mês, entre abril de 2011 e março de 2014).

Os lançamentos da utilização do crédito fiscal acumulado referente aos meses de abril, maio e julho de 2011 foram efetivados na competência de julho de 2011 (R\$27.300.000,00) e o de junho no próprio mês (R\$9.100.000,00), conforme demonstrado em negrito na tabela de fls. 220 a 224.

O sujeito passivo volta a se manifestar (fls. 231 a 235), aduzindo que, apesar de o limite de utilização de créditos acumulados por mês ter sido estabelecido no patamar de R\$9.100.000,00 (nove milhões e cem mil reais), a sua conduta não causou prejuízo ao Erário, pois nos meses em que os saldos foram devedores o imposto foi integralmente pago (junho a dezembro de 2011), e no período de abril de 2011, no qual não foi apurado saldo devedor, foi recolhido o montante de R\$33.352.133,99.

Ratifica argumentações anteriores e acrescenta que a Fiscalização deveria ter promovido a glosa do crédito na infração 02, ao invés de efetuar o lançamento dos acréscimos moratórios.

Instada a se manifestar (fl. 238), a PGE/PROFIS reitera o conteúdo do opinativo de fls. 193 a 195 (verso da fl. 239).

Na pauta de julgamento de 16/09/2015, a 2ª CJF converteu o feito em nova diligência, uma vez que, relativamente ao Recurso de Ofício (aplicação, pela JJF, dos cálculos previstos no art. 138-B, II do RICMS/97, e não no art. 138-B, I), o contribuinte, na tentativa de convencer que a Decisão "a quo" foi correta, trouxe à mesa outras duas autuações nas quais os autuantes aplicaram o inciso II, utilizado pela JJF, motivo pelo qual alegou que os julgadores decidiram com acerto e que as autoridades fiscais cometeram equívoco.

Na assentada de julgamento, surgiram dúvidas a respeito de que inciso aplicar, caso se chegue à conclusão de que o que houve não foi denúncia espontânea.

Vencido este relator, a CJF solicitou opinião jurídica à procuradora assistente, com o objetivo de esclarecer que dispositivo aplicar no presente lançamento (art. 138-B, I do RICMS/97 ou art. 138-B, II).

Às fls. 220 a 223, a Procuradoria do Estado assinala que a Fiscalização fundamentou equivocadamente a acusação no inciso I do art. 138-B do Regulamento de 1997, pois este diz respeito à denúncia espontânea, que não ocorreu no caso concreto. Por ser uma exigência consubstanciada em lançamento de ofício, o inciso aplicável é o II, motivo pelo qual opina pelo não provimento da remessa necessária.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso de Ofício)

O Auto de Infração e a Decisão recorrida contém todos os requisitos de validade estatuídos na legislação. Não ocorreu violação a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal da Bahia (art. 2º do RPAF-BA/1999).

Não há ilegitimidade de parte, pois - segundo os autuantes, o sujeito passivo, em virtude da apuração centralizada, lançou na sua própria escrita, e não na de outrem, valores menores do que os devidos, sem os acréscimos estatuídos no art. 138-B, I do Regulamento do ICMS de 1997 (Lei nº 7.753/2000). Além disso, é acusado de ter efetuado, em julho de 2011, estorno de créditos apropriados em abril e maio desse mesmo ano, sem incluir os referidos acréscimos.

Conforme muito bem ressaltado no Acórdão combatido, em razão do Termo de Acordo (juntado às fls. 119 a 121), devido à apuração centralizada, todas as unidades pertencentes ao fiscalizado foram beneficiadas com a redução da carga tributária nas operações internas com nafta e com o diferimento do ICMS nas aquisições internas e nas importações desse produto (para o momento da saída resultante da industrialização).

No tocante à alegação de que o não refazimento da escrita implica violação ao princípio da não cumulatividade, o cálculo da correção e dos acréscimos de mora independe de tal providência, prevista no inciso I do § 6º do art. 319 do RICMS-BA/1997 apenas para as situações de impossibilidade de realização de lançamento corretivo, que não é o caso.

Ademais, em busca da verdade material, a 3ª CJF converteu o feito em diligência e os autuantes, na informação de fls. 218 a 224, refizeram a escrita e demonstraram que somente no mês de agosto de 2011 houve saldo credor (na cifra de R\$20.459.458,64), período não alcançado pela autuação das infrações 01/02. Tal refazimento foi levado a efeito com a limitação prevista no inciso IV da cláusula segunda do Termo de Acordo.

Com relação aos créditos acumulados, [o autuante] transcreve, à fl. 220, o inciso IV da cláusula segunda do Termo de Acordo (colacionado na íntegra às fls. 119 a 121), segundo o qual restou vedada a utilização, com exceção do valor acordado (R\$ 9.100.000,00 por mês, entre abril de 2011 e março de 2014).

Por conseguinte, o referido dispositivo (inciso IV da cláusula segunda do Termo de Acordo) proíbe a utilização de créditos nos totais e para os fins da compensação pretendidos pelo autuado (fls. 119 a 121).

Rejeito a preliminar de nulidade.

Diligências já foram realizadas e não há necessidade de outra. Todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros deste órgão colegiado de segunda instância administrativa estão presentes nos autos (art. 147, I, "a" do RPAF-BA/1999).

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, os julgadores chegaram à conclusão de que o lançamento foi elaborado, de forma equivocada, com fulcro no inciso I do art. 138-B do RICMS-BA/1997. Decidiram que o correto seria aplicar o inciso II.

Com a devida licença, tenho como equivocada tal concepção.

Primeiramente, o fato de os auditores terem lavrado outros Autos de Infração com base em dispositivo regulamentar equivocado (inciso II) e depois corrigido (para o inciso I) não demonstra atuação profissional claudicante ou eventual equívoco, mas zelo na busca da correta aplicação do ordenamento jurídico e do legítimo interesse público.

O acréscimo de mora têm como elemento essencial à sua existência, concretização e contagem a determinação do termo inicial, sem o qual não é sequer possível dar-lhe efetividade e concretude.

Os incisos que suscitaram as dúvidas nada mais fazem do que estabelecer termos iniciais distintos: o I a partir do débito denunciado espontaneamente (que é diferente de denúncia espontânea) e o II a partir da lavratura do Auto de Infração, tanto que neste último se usa a expressão "a partir de 30 (trinta) dias de atraso".

Cabe transcrever os incisos em baila e, mais uma vez, esclarecer que denunciar espontaneamente um débito na própria escrita fiscal não significa, necessariamente, a denúncia espontânea tratada nos arts. 95 a 99 do Regulamento do PAF da Bahia.

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

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

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

Parágrafo único. A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II deste artigo.

O inciso II presta-se única e exclusivamente aos acréscimos de mora incidentes sobre os valores discriminados em Autos de Infração, os quais somente incidem a partir de 30 (trinta) dias após as respectivas lavraturas.

Observe-se que consta do inciso II a expressão "*a partir de 30 (trinta) dias de atraso*".

O termo "*atraso*" não diz respeito ao "*débito denunciado espontaneamente*" a que se refere o inciso I, o qual nem sempre é o débito constante de denúncia espontânea, que tem regramento específico nos arts. 95 a 99 do RPAF-BA/1999. O simples lançamento de livre iniciativa na escrita, como fez o sujeito passivo, torna o respectivo valor um "*débito denunciado espontaneamente*", e por isso deve incidir o inciso I.

A expressão "*atraso*" do inciso II somente pode ser referente ao pagamento do Auto de Infração, jamais ao montante espontaneamente pago da obrigação principal, pois se assim o fosse o "*débito denunciado espontaneamente*" ficaria indevidamente contemplado com 30 (trinta) dias sem correção, o que feriria a lógica, a razoabilidade e o comando expresso do art. 138-B, I do Regulamento do ICMS de 1997 (Lei nº 7.753/2000).

Por exemplo, sobre as quantias apuradas no presente lançamento de ofício, ou seja, sobre o seu valor, a partir de 30 (trinta), desde 27/12/2012 (data da lavratura), incidem os acréscimos previstos no inciso II.

Todavia, antes da lavratura - especialmente por se tratar de débitos recolhidos por iniciativa do particular, devem ser aplicados sobre os valores (débitos) os acréscimos estabelecidos no art. 138-B, I do Regulamento do ICMS de 1997 (Lei nº 7.753/2000).

Concluindo, os acréscimos incidentes sobre os valores propriamente ditos dos Autos de Infração, previstos no inciso II do art. 138-B do RICMS-BA/1997, não se confundem com os acréscimos de mora e a correção monetária relativos aos débitos recolhidos ou escriturados de forma espontânea e extemporânea pelos contribuintes, estatuídos no art. 138-B, I.

Com relação ao Recurso Voluntário, alinho-me com a PGE/PROFIS, pois, com efeito, os prazos de recolhimento são aqueles previstos na legislação e não em Termo de Acordo ou Regime Especial, em função de que não acolho a alegação de "*falta de regras*".

Ao contrário do que suscitou o recorrente, em momento algum o Regime Especial o exonerou das obrigações anteriores à data em que entrou em vigor. Tal direito não está contemplado no texto, que não faz referência à alegada "*retroatividade*" (fls. 119 a 121).

É correta a exigência dos acréscimos de mora da infração 1, pois os débitos das filiais apurados nos meses de abril, maio e junho, embora recolhidos forma espontânea, somente o foram em julho de 2011, intempestivamente. A irregularidade não resta descaracterizada por eventuais

saldos credores, que inclusive não existem, conforme demonstrado pelos autuantes na informação de fls. 218 a 224, tampouco por pagamentos a maior, dos quais - caso efetivamente demonstrados, resulta apenas o direito à restituição de indébito.

Quanto à infração 2, os procedimentos de apuração do imposto com o cotejo débito x crédito devem ser efetuados no bojo dos respectivos meses de competência, observando-se os limites fixados no Regime Especial.

Não há que se falar em compensação com ICMS supostamente recolhido a maior, pois não existe lei que a autorize, restando ao interessado o direito de ingressar com o pedido de respectivo, caso haja prazo e consiga demonstrar a existência do indébito.

No que se refere à multa de 60%, prevista no art. 42, VIII da Lei nº 7.014/1996, este órgão não tem competência para decidir sobre o pedido de redução ou cancelamento, tampouco para exercer controle de constitucionalidade (arts. 158, 159 e 167, I do RPAF-BA/1999).

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício)

Com a devida vénia, venho discordar parcialmente do voto do Eminent Relator, no que tange ao emprego do inciso I do art. 138-B do RICMS-BA/97 nas infrações 1 e 2, aplicados neste PAF.

As duas infrações dizem respeito à da falta de recolhimento dos acréscimos moratórios por ter o Sujeito Passivo realizado o recolhimento do ICMS devido intempestivamente, porém espontâneo.

Em que pese os esforços do recorrente em alegar que, no período autuado, não havia regras claras para a realização da apuração centralizada, aduzindo a inexistência de mora pelo fato de existir saldo credor nos meses apontados na acusação fiscal, o recorrente não nega o cometimento da intempestividade.

Assim, restou comprovado nos autos que os débitos das filiais apurados nos meses de abril, maio e junho, embora espontaneamente e com os valores corretos, somente foram efetuados em julho de 2011.

Diante de tal constatação, a autoridade fiscalizadora aplicou o disposto no art. 138-B do RICMS-BA/97, o qual dispõe que:

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

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

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

A mesma regra é reproduzida no art. 102 do COTEB.

A autuação, assim como o nobre Relator, entendeu pela aplicação do inciso I do precitado dispositivo, uma vez que houve a denúncia espontânea do débito considerado. Todavia, por se tratar de lançamento de ofício, torna-se inconteste a aplicação do inciso II.

Estamos aqui a lidar com os acréscimos moratórios relacionados a débitos reclamados em lançamento de ofício, em que pese ter havido denúncia espontânea. Ao meu ver, a redação do inciso II é específica ao determinar o tratamento dos acréscimos moratórios em débitos reclamados em processos administrativos fiscais, não considerados na denúncia espontânea, como ocorre no presente caso.

O feito foi convertido em diligência à PGE/PROFIS, tendo a i. Procuradora Dra. Maria Helena Mendonça Cruz opinado no sentido de que: “... o Sujeito Passivo, ao pagar intempestivamente o ICMS de forma espontânea, mas sem recolher os acréscimos moratórios, não obedeceu aos regramentos do instituto da denúncia espontânea, a qual inclui além do valor principal, também os acréscimos moratórios. Assim, ao não recolher o tributo pago intempestivamente em sua integralidade (imposto + acréscimos moratórios), e possibilitar a concreção de lançamento de ofício pela Administração Pública, não se pode entender como espontâneo os acréscimos moratórios apurados nas infrações 01 e 02.”.

Nesta senda, O Parecer da PGE/PROFIS, devidamente ratificado pela Procuradora Assistente, Dra. Rosana Maciel, entendeu que a parcela correspondente aos acréscimos moratórios deve ser calculada segundo os critérios estabelecidos pelo inciso II do art. 138-B do RICMS/97.

Ressalto que, pelo mesmo fundamento aplicado na infração 1, a infração 2, em que pese tratar de estorno de crédito, seu lançamento foi intempestivo, o que ocasionou, assim como na infração 1, débitos reclamados em lançamento de ofício.

Assim, comungo com o posicionamento do julgador de piso, bem como com o entendimento vergastado pela Procuradoria do Estado da Bahia, devendo ser aplicado o inciso II do art. 138-B do RICMS-BA/97 nas infrações 1 e 2.

Deste modo, mantendo *in totum* o entendimento vergastado pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 271330.0005/12-9, lavrado contra BRASKEM S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$2.210.969,25, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VIII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício) - Conselheiros: Laís de Carvalho Silva, Ildemar José Landin, Valnei Sousa Freire, Edvaldo Almeida dos Santos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício) – Conselheiro: Paulo Danilo Reis Lopes.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILo REIS LOPES – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Recurso de Ofício)

LAÍS DE CARVALHO SILVA – VOTO VENCEDOR
(Recurso de Ofício)

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS