

PROCESSO - A.I. Nº 271148.0009/02-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GRIFFIN BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - GRIFFIN BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0362/01-03
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 22.06.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0174-11/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Decisão modificada. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso, o das entradas, uma vez que tal diferença indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Confirmado que os produtos DCA e DCPI são fabricados pela empresa. Infração inexistente. Refeitos os cálculos referentes à soda cáustica. Infração parcialmente caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Comprovado que o produto constitui-se em insumo do processo produtivo do sujeito passivo tributário, gerando direito ao crédito fiscal. Rejeitada a arguição de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 1ª JF, através do Acórdão nº 0362/01-03, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício, a teor do art. 169, inciso I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e alterações posteriores

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/02, cobra ICMS no valor de R\$991.576,66 acrescido das multas de 60% e 70%, imputando ao recorrente o cometimento das seguintes infrações:

1. *“Falta de recolhimento do imposto, constado pela diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas (exercício de 1997) - R\$975.511,83;*
2. *Utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisições de materiais de uso e/ou consumo - aquisições de “Morfolina” (janeiro e março de 1997)- R\$16.064,83.”*

A Decisão recorrida considerou procedente em parte o Auto de Infração, mantendo parcialmente a exigência do 1º item e dando pela improcedência do 2º item.

No relatório da Decisão recorrida consta que :

“O autuado (fls. 196 a 218), através de advogado legalmente habilitado, preliminarmente, informou que contratou revisão fiscal, elaborada pelos auditores independentes PriceWaterhouseCooper, com o objetivo de embasar sua avaliação da ação fiscal. Constatou ser procedente a autuação em algumas diferenças de produtos não contestadas na defesa, relativas ao item 1, no valor principal de R\$79.896,71, tendo recolhido o imposto, conforme DAE que anexou.

Em relação ao item 2, utilização indevida de crédito fiscal sobre material de uso e consumo, esclareceu que o produto “morfolina”, não se trata de material de uso e consumo, pois é indispensável para a produção do “ethofumesato”, consoante laudo químico anexado ao PAF. Além do mais, este Colegiado através do Acórdão nº 0113/01, prolatado pela 1ª CJF e tendo como relator o Conselheiro Carlos Cabral Ferreira, consoante cópia anexada, reconheceu se tratar de produto intermediário.

Passou, em seguida, a atacar o levantamento quantitativo dos estoques, produto a produto.

Disse que a diferença de 941,77 toneladas constatada do produto DCA (Dicloroanilina) decorreu da emissão, em duplicidade, de notas fiscais para remessa para industrialização (erro de procedimento na emissão de notas fiscais complementares e cancelamento das notas fiscais anteriores), não consideradas pela fiscalização. Explicou que o produto é fabricado pela empresa, no estabelecimento localizado na rua Oxigênio, em Camaçari/BA, denominado de planta “N”. As suas saídas ocorreram através de vendas para clientes e remessa para industrialização em outro estabelecimento da empresa, localizado à Rua Hidrogênio, também em Camaçari/BA denominado de planta “P”. Em 1997, a empresa costumava enviar o DCA para industrialização na área “P” acobertado de notas fiscais previamente emitidas com um peso padrão específico (de 5,00 ou 10,00 toneladas), que, ao final do mês, depois de inventariado, constatadas diferenças entre as remessas e o consumo real na produção de DCPI, eram emitidas notas de complemento. Ocorreu que houve erros na emissão desses complementos o que justificava uma diferença a maior nas saídas de DCA quando comparadas às entradas somadas aos estoques do produto. Estas explicações foram dadas à fiscalização, entretanto não foram aceitas.

Prosseguindo em suas considerações, afirmou que uma omissão de entrada do DCA era tecnicamente impossível. Observou que industrializa o produto intermediário DCNB (Diclonitrobenzeno), transformando-o em DCA, cuja produção em 1997 e conforme planilhas verificadas pela fiscalização foi de 10.145,789 toneladas Assim, as suas entradas no estabelecimento autuado ocorreram através da produção efetuada na sua planta de produção, denominada de Planta “N”. Como na América do Sul, é produtora exclusiva do produto, sua existência no país somente seria possível pela sua produção ou através de importação. De acordo com informação do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior, em 1997, somente foram importadas, no Brasil, 268,500 toneladas de Dicloroanilina 3,4 da Alemanha, e, conforme consulta ao Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, não realizou importação de DCA naquele ano, nem, conforme declarações apensadas aos autos, não realizou qualquer compra do produto junto às empresas Iharabrás, Defesa e Bayer, únicas que poderiam fornecer o DCA. Portanto, ficava evidente que, se não importou, nem comprou DCA no Brasil, as suas entradas ocorreram, exclusivamente, através de produção. Em relação às saídas de DCA, estas ocorreram através de vendas para clientes e remessas para industrialização em outro estabelecimento da empresa, denominada de planta “P”. As vendas totalizaram 1.273,50 toneladas, conforme

documentos fiscais emitidos e pelos mapas de produção e consumo apresentados. As saídas através de remessas para a planta “P” (para integrar a produção do DCPI) foram registradas fisicamente através dos CFOP 5.93 “Saídas para Industrialização” e 5.21 “Transferência de produção do estabelecimento” e estavam amparadas pela suspensão de ICMS, conforme dispõe o caput do artigo 615 do RICMS BA. Foram nestas saídas que ocorreram diferenças pela falta de cancelamento ou erro na emissão das notas de remessa para industrialização. Estes documentos eram preenchidos pelo total do montante de DCA consumido na referida planta “P” e não pela quantidade complementar, o que acarretou, praticamente na duplicação dos valores efetivamente remetidos e consumidos para a fabricação do DCPI. Este problema, afirmou, poderia ser confirmado através da análise das notas fiscais de remessa para industrialização, uma vez que as mesmas, geralmente, são emitidas entre 5 e 25 toneladas, apropriadas para o transporte da mercadoria nos caminhões. No entanto, existiam notas fiscais com quantidades muito superiores, a exemplo da de nº 4630, de 31/01/1997, com 843,74 toneladas.

Além de tudo, prosseguiu, o DCA é utilizado na fabricação do DCPI (Diclorofenilisocianato), que é utilizado para a fabricação do Diuron (produto final produzido em sua fábrica situada no município de Barra Mansa/RJ). Através de uma análise da produção do referido produto, como demonstrava o Laudo Técnico elaborado pela Enprocess Engenharia Ltda., empresa especializada em engenharia química, não poderia existir a quantidade de DCA apurada, o que demonstrava o erro na emissão dessas notas fiscais de saída do estabelecimento para a outra planta da empresa. E, na segunda revisão realizada para analisar as quantidades constantes do Auto de Infração, identificou duas notas fiscais indevidamente consideradas pela fiscalização, reduzindo, por conseguinte, a diferença em relação às entradas em 80 toneladas, conforme explicou.

Diante do que tudo expões, entendeu indevida a autuação com base na presunção legal, visto que essa só poderia ser deduzida se houvesse indícios reais de movimentação física de bens ou mercadorias, e desde que esses bens não tivessem sido registrados. O que houve foi um erro de procedimento fiscal, de cunho acessório.

Em relação ao produto DCPI (Diclorofenilisocianato), na revisão efetuada pelos auditores independentes PWC, ficou identificado que a fiscalização não considerou que 20 toneladas se referiram à nota fiscal de simples remessa nº 2376 e mais 34,320 toneladas de produtos que não eram DCPI, conforme demonstrado nas Notas Fiscais nºs 197, 198, 215, 4944 e 5274. Assim, ao final da revisão, o total das saídas identificadas foi de 7.562,200 toneladas e a diferença de 32,810 t de DCPI nas notas de saída, considerada como omissão de entradas. No entanto, essa diferença não poderia ser presumida como omissão de entradas, em função da impossibilidade do ingresso de DCPI na empresa em quantidade superior ao montante produzido, vez que é produto fabricado pela empresa (produtora exclusiva na América Sul), não houve a importação do produto no exercício autuado e as empresas que poderiam vendê-lo (Defensa e a Bayer) não o realizaram. Para todos estes argumentos utilizou-se das mesmas comprovações feitas em relação ao produto DCA. Quanto às saídas, disse ocorreram através de vendas para clientes e remessa para industrialização ou vendas para a Dupont do Brasil S/A, localizada em Barra Mansa/RJ, atualmente, fazendo parte do conglomerado do estabelecimento autuado. Da diferença apurada de 32,810 toneladas a maior em relação às entradas que efetivamente foram consideradas como omissão de entrada pela fiscalização, 4,340 toneladas de DCPI foram enviadas para a Dupont do Brasil S/A, através de notas fiscais de venda (CFOP 6.11) ou de remessa para industrialização (CFOP 6.93), que poderiam ser comprovadas através dos documentos fiscais e pelos mapas de produção e consumo da empresa. As demais saídas de DCPI ocorreram, principalmente, através da exportação do produto (CFOP 7.11) na ordem de 1.813,170 toneladas, conforme documentos fiscais nº 902, de 18/07/97, com 20,000 toneladas (CFOP 7.99), destinada a Griffin Corporation nos Estados Unidos. Ressaltou que naquele exercício costumava utilizar os CFOP para enviar os produtos

destinados à exportação para os armazéns gerais, desta forma esta nota fiscal deveria ter sido desconsiderada, como já havia demonstrado, uma vez que se referiu, na realidade, a remessa para armazém de produto destinado à exportação.

Quanto ao produto “bisester”, informou que após a revisão dos auditores independentes PWC, identificou, apenas, uma diferença nas entradas de 7,600 toneladas, conforme demonstrou. Informou, ainda, que a fiscalização considerou indevidamente a nota fiscal de ácido sulfúrico residual, de nº 669 de 30/06/1997, de 28,000 toneladas. Em relação à “soda cáustica” encontrou uma diferença de entrada na ordem de 9,710 toneladas. Ressaltou que a fiscalização não considerou diversas notas fiscais de entrada, por não terem sido encontradas e apresentadas em tempo hábil, em um total de 356,430 toneladas e considerou, indevidamente, notas fiscais de saídas relativas ao ano de 1998, no montante de 80,660 toneladas. A diferença apurada do produto “monoetileno glicol” (1,760 toneladas) teve origem pela não apresentação de notas fiscais. Quando da revisão, encontrou a nota fiscal nº 427 de 24/04/97, emitida pela Morais e Castro Ltda, que descaracterizava a omissão encontrada.

Também verificou que não existiu qualquer diferença para o produto “diuron”, uma vez que o total de suas entradas montou a 1.137.501 toneladas e não 959.000 toneladas, como demonstrado no Auto de Infração. Foram indevidamente consideradas pela fiscalização, as Notas Fiscais nºs 20.877 e 38.694. A de nº 20.877 não existe no livro Registro de Entradas e a de nº 38.694 foi considerada duas vezes. Além do mais, houve a desconsideração das Notas Fiscais nºs 28.671 e 30.030, com 105 toneladas cada uma.

Por derradeiro, quanto ao “ethephon” ao retirar notas fiscais do produto “ethofumesato”, que a fiscalização considerou como sendo aquele produto, no montante de 26,680 toneladas, detectou apenas uma diferença nas entradas de 40,54 toneladas.

Concluindo seu arrazoado, afirmou que diante da farta documentação anexada aos autos, dos motivos fáticos e fundamentos jurídicos apresentados, e de uma revisão fiscal, que requereu, por fiscal estranho ao feito, solicitou a procedência parcial da autuação.”

No mesmo relatório consta a seguinte informação apresentada pelo autuante, rebatendo as alegações do autuado:

“O autuante prestou informação (fls. 626 a 630), apresentando, inicialmente, breve histórico do modo como foi realizada a fiscalização. Disse que como o autuado é uma empresa de médio porte, ficou muito complicado fiscalizá-la sem os meios eletrônicos. Sendo assim, solicitou os arquivos magnéticos da empresa, os quais não foram entregues. Utilizando-se dos documentos fiscais, os digitou todos e ao final desta digitação, submeteu os dados ao autuado, com a finalidade de efetuar as suas conferências, dando cerca de três meses de prazo à empresa. Também entregou, em dezembro, o resultado final do levantamento para que o impugnante pudesse fazer uma checagem, antes da emissão do Auto de Infração. Para isso, foi dada mais de uma semana para que o autuado realizasse a conferência dos dados. Ao final do prazo, na sede da empresa e juntamente com a auditoria independente contratada, realizou a correção dos dados, mediante provas documentais. Nessa etapa, foi feita uma conferência minuciosa aonde se chegou, em conjunto, ao número levantado. Naquela ocasião, a empresa discordou de alguns itens, porém se alguma nota fiscal foi considerada indevidamente, estes documentos passaram pela análise prévia da empresa e dos seus auditores independentes contratados.

Após tais considerações, passou a analisar os argumentos de defesa em relação ao levantamento quantitativo dos estoques.

Em relação ao produto DCA entendeu que não houve qualquer prova da suposta emissão em duplicidade de nota fiscal, o que lhe levava a não acatar este argumento. Quanto à impossibilidade de uma omissão de entrada do produto, afirmou que em um levantamento de estoque, não cabe a fiscalização imaginar o porque do resultado apurado e, ao sujeito passivo contestá-lo através de provas e não teoricamente. Listou algumas hipóteses que tornariam possível uma omissão de entrada, contudo deixando claro que não estava acusando a empresa da prática de ilícito fiscal.

Sobre o relatório técnico apresentado, disse que não poderia afirmar que o laudo era correto, pois faltavam dados técnicos, como um balanço de massa, que é bem mais complicado que o memorial de cálculo apresentado. Também entendeu que a análise feita com base nas compras de fosgênio da Pronor não poderia ser prova suficiente para descaracterizar as diferenças de entradas apuradas. Além do mais e em geral, numa reação, um ou mais reagentes costumam ser alimentados em excesso para que seja alcançado o resultado esperado. Isso sequer foi comentado, o que lhe deixava com dúvidas sobre um laudo que apontava unicamente a parte estequiométrica e apenas para um caminho, ou seja, a partir das matérias-primas para o produto. Por que não partiu do produto para saber quanto de matéria-prima seria necessária?

Em seguida, passou a analisar os demais argumentos de defesa.

- 1. No tocante as “divergências” de 7,080 toneladas (fl. 201) e 7,38 toneladas (fl. 229), este valor pode ser observado no resumo da produção e consumo (fl. 81), cujo valor é 7,379, e trata do consumo do DCA, obtido através dos relatórios de produção da empresa, anexados. Ressaltou que o impugnante também anexou a mesma tabela na sua defesa (fl. 244), onde consta o mesmo valor.*
- 2. As notas fiscais foram consideradas, pois são de 14/02/1997 e não de 1998 como informou o contribuinte.*

Pelas razões expostas, manteve a ação fiscal em relação a este produto.

Quanto ao produto DCPI, acatou as razões defensivas quanto à inclusão da Nota Fiscal de Remessa nº 2376 (fl. 434). Corrigiu o levantamento fiscal. Em relação às de nº 197, 198, 215, 4944 e 5274 (fls. 429 a 433), o produto é DCPI. Disse não ter entendido a alegação da defesa ao afirmar que não era o produto e anexar documentos que comprovam o contrário. Sobre à impossibilidade de uma omissão de entrada do produto, reafirmou que em um levantamento de estoque, não cabe a fiscalização imaginar o porque do resultado apurado. Manteve os mesmos argumentos apresentados para o produto DCA.

Em relação aos produtos “bisester”, “monoetileno glicol”, “diuran” e “ethephon” concordou com os argumentos defensivos, revisando o levantamento fiscal.

Com base nas alegações da defesa, manifestou-se em relação ao produto “soda cáustica”:

- 1. A da não consideração de 356,43 toneladas de “soda cáustica”. As notas fiscais apresentadas, todas a exceção da de nº 10715 são de outra inscrição estadual (24537496-NO), provavelmente a filial da empresa. Como esta inscrição não havia sido objeto da fiscalização, entendeu que não poderia considerá-las. No que diz respeito à Nota Fiscal nº 10715 (fl. 472), o produto nela constante é o “cloro” e não “soda cáustica”;*
- 2. As Notas Fiscais nºs 3663, 4025, 4935 e 4971 de 1998 (fls. 441, 474 a 477) foram indevidamente consideradas. Ajustou o levantamento fiscal;*
- 3. Não concordou com a diferença que o autuado disse ter encontrado no saldo final dos*

estoques, uma vez que não foi apresentado qualquer documento para comprovar o alegado. Além disso, no livro Registro de Inventário (fl. 78) consta o mesmo valor que está nos demonstrativos. Portanto, nenhuma alteração seria necessária;

Quanto à infração 2, entendeu que o impugnante apenas se preocupou em afirmar que a “morfolina” é um produto indispensável para a produção do “ethofumesato”, baseada num “laudo químico”, sem contudo descrever a função do material. A única informação contida no “laudo” é que ele é adicionado no reator, faltando dizer para que é adicionado e qual é a sua função no processo produtivo. No que diz respeito ao Auto de Infração nº 2810760001/00-5, onde foi julgado improcedente este item, gostaria de frisar que este mesmo produto já foi alvo de outros Auto de Infração, julgados Procedentes.”

Após a informação do autuante consta no relatório o seguinte:

“O autuado (fls. 668 a 672) manifestando-se acerca da informação fiscal, confirmou a forma como foi realizada a fiscalização, entendendo como salutar e positiva para inibir a lavratura de Auto de Infrações inconsistentes.

No mais, afirmou que os questionamentos apresentados pelo fiscal autuante somente seriam possíveis se a empresa não fosse idônea. Assim, para ele não pareceu corretas as hipóteses de práticas de atos ilícitos sem apresentação de provas, como afirmou o preposto fiscal. Também, afirmou incabível se falar em transferência de créditos, vez que as operações foram realizadas entre estabelecimentos da mesma empresa dentro do estado e estavam amparadas pela suspensão do imposto, pois se tratava de Remessa para Industrialização.

Esclareceu que o relatório apresentado é um relatório técnico de consumo de DCA para produção do DCPI. Ressaltou que esta etapa de impugnação poderia até ter sido eliminada, caso o fiscal tivesse aceitado as provas e justificativas apresentadas durante a fiscalização, uma vez que a empresa demonstrou interesse de recolher aqueles valores para os quais não existiram prova e/ou justificativas. E que outra demonstração de interesse de eliminar qualquer discussão futura foi à contratação de auditores independentes idôneos para verificação do relatório prévio apresentado pela fiscalização.

Atacou, novamente, as quantidades apresentadas pela fiscalização do produto DCA, com os mesmos argumentos anteriormente apresentados. E, em relação às hipóteses apresentadas pelo fiscal que tornariam possível uma omissão de entrada, comentou, tecnicamente, como as colocações da empresa sobre o assunto estavam corretas. Com relação ao produto DCPI, fez comentários acerca das mercadorias constantes nas notas fiscais que o autuante não aceitou.

Quanto à “soda cáustica”, informou que é consumida em seu estabelecimento matriz e que embora nas notas fiscais esteja consignada a inscrição estadual de sua filial, localizada à rua Hidrogênio, 3076, as mesmas foram escrituradas no seu estabelecimento.

Em relação à infração 2, o argumento do preposto fiscal quanto a existência de Auto de Infração julgados procedentes (contra outras empresas) com relação ao uso da “morfolina” como matéria prima, ressaltou que este argumento na situação não era cabível, pois aqui estava-se a falar de diferentes processos produtivos. No seu caso, a “morfolina” é matéria prima, tanto que o Auto de Infração nº 2810760001/00-5 foi julgado improcedente. Em anexo, apensou a descrição do processo de sua utilização.

Com base nos argumentos e novos laudos apresentados, requereu revisão do lançamento fiscal, sob pena de cerceamento de defesa, nos termos do art. 59, LV, da Constituição Federal.”

Diante da situação, esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, baixou os autos em diligência para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências (fl. 682):

1. *Com base em todos os argumentos de defesa, analisasse, in loco, se, efetivamente, houve erro de emissão nos documentos de remessa para industrialização do produto DCA.*
2. *Verificasse qual era, de fato, o produto consignado nos documentos de nº 197, 198, 215 e 5274. Além do mais, averiguasse se houve o retorno do produto (DCPI) que saiu através da Nota Fiscal nº 4944.*
3. *Verificasse se as notas fiscais de entradas com o produto “soda cáustica”, que foi adquirido para filial do impugnante, foram registradas no estabelecimento fabril autuado, anexando aos autos cópia do livro Registro de Entradas autenticado.*

Diligente fiscal (fls. 685 e 686), lotado na Inspetoria de Fiscalização de Empresas de Médio e Grande Porte cumprindo o que foi solicitado e em relação ao produto DCA, disse que o sujeito passivo não apresentou nenhum documento comprobatório que pudesse confirmar a alegação de que houve erro na emissão de documentos fiscais, como exemplo, o cancelamento de notas fiscais. Assim, entendia que os seus demais argumentos não eram suficientes para que pudesse desconsiderar os resultados do trabalho do autuante.

Quanto às Notas Fiscais nºs 197, 198, 215 e 5274, o produto nelas consignados era o DCPI, porém com grau de pureza diferente. Entretanto, entendeu que se tratando de levantamento quantitativo de estoques, suas inclusões não acarretavam qualquer prejuízo ao contribuinte, pois quando do cálculo do preço médio unitário, é feita a adequada compensação. Em relação ao retorno do produto saído através da Nota Fiscal nº 4944, não houve comprovação do fato, embora o autuado tenha solicitado elasticidade de prazo para pesquisar nos seus arquivos.

Em relação ao produto “soda cáustica”, disse que as Notas Fiscais nºs 2779, 3102, 3663, 4025, 4935 e 4951 não se encontravam lançadas no livro Registro de Entradas da empresa. As demais lá estavam. Entretanto, como o autuado agiu incorretamente, por escriturar documentos a ele não pertencente, o trabalho da fiscalização estava correto.

O impugnante (fls. 1.499 a 1.503) manifestou-se acerca da diligência, mencionando os motivos de sua discordância. Embora o diligente tenha afirmado que não foram apresentados documentos comprobatórios, os mesmos foram apresentados, não somente quando da diligência, mas, também, quando da impugnação, quais sejam:

1. *Aqueles citados na diligência (único fabricante do produto na América Latina, não realizou qualquer importação no ano de 1997, nem adquiriu o produto a terceiros como provavam as declarações das empresas anexadas ao PAF). Sobre o tema das importações, ressaltou que como provam os relatórios do SISCOMEX, nenhuma empresa brasileira adquiriu no exterior o produto na quantidade indicada como omissão de entradas;*
2. *Relatório Técnico de Consumo emitido por empresa idônea;*
3. *Relatório de Capacidade de consumo de Fosgênio (CDC) e Diagrama de Bloco com Balanço de Massa emitido por profissional qualificado que concluiu sobre o assunto;*
4. *Apresentou a Nota Fiscal nº 4630, emitida em 31/01/97, com 843,74 toneladas do produto. Por ela poderia se perceber a duplicidade dos volumes, pois tal volume não poderia fisicamente ser transportado de uma só vez, o que indicava claramente o erro cometido pela faturista, que ao invés de complementar o volume, emitiu documento duplicando os valores transferidos sem cancelar as notas anteriores.*

Em seguida, passou a tecer considerações acerca dos elementos probantes que necessita um juiz para formar sua convicção, que apresentou provas seguindo o que estabelece o art. 332

do Código Civil, pois nem sempre a prova documental é suficiente para imprimir clareza ou convicção quanto à verdade. Muitas vezes, é necessário o contato direto com a coisa, pois a complexidade da matéria pode exigir o concurso de pessoas especializadas.

Por fim, afirmou que o diligente foi tendencioso, pois claramente tomou partido da posição fiscal ao omitir as provas apresentadas na impugnação.

Em relação ao DCPI discordou do diligente de que as notas fiscais impugnadas e solicitadas para serem excluídas do levantamento fiscal não lhe acarretariam prejuízo. Observou que com as mesmas existia um aumento nas omissões de entradas na ordem de 54,320 toneladas. Em seguida, observou:

Nota Fiscal nº 5274 – a descrição do produto é DCPI + MCB – Monoclorobenzeno – cód. 99999999 (genérico), produto intermediário a ser processado ou queima.

Notas Fiscais nºs 197, 198 e 215 – descrição do produto é DCPI – Diclorofenilisocianato – FCS – cód 40030 (produto intermediário) quanto a queima ou reproprocessamento.

Nota Fiscal nº 4944 – cód 40011 (produto final). Entretanto, na nota fiscal consta a observação que foram saídas de “tambores para mudança de embalagem”. Portanto, esta saída foi para recondicionamento, não havendo motivo para considerar o produto novamente.

Em relação ao produto soda cáustica, voltou a afirmar que embora os documentos fiscais tenham sido escriturados em outro estabelecimento da mesma empresa, não houve dano ao Erário, pois o produto, à época, não dava direito a crédito fiscal.

Diante do resultado a diligência esta 1ª JJF baixou, novamente, os autos em diligência (fls. 1510 e 1511) para que fiscal estranho ao feito, de preferência com formação na área de engenharia química, tomasse as seguintes providências:

- 1. Em relação ao DCA, estava provado nos autos de que não existiam notas fiscais canceladas. O problema se prendia em saber:*
 - a) diante dos documentos apresentados, principalmente dos relatórios apensados ao PAF, e da linha de produção da empresa, que deveria ser analisada in loco, o argumento defensivo era pertinente?*
 - b) sendo pertinente, existia como se saber, com precisão, quais as quantidades de entradas ocorridas no período?*
- 2. Depois de examinado e respondidos os questionamentos acima feitos, ajustasse o levantamento fiscal, utilizando aquele já modificado pelo autuante e constante das fls. 631/664 da seguinte maneira:*

1. EM RELAÇÃO AO PRODUTO DCA

Caso fossem modificadas as quantidades de entradas, refizesse o levantamento. Não sendo pertinentes as razões de defesa ou mesmo não havendo possibilidade de se conhecer as efetivas quantidades de entradas, não realizasse qualquer modificação.

2. EM RELAÇÃO AO PRODUTO DCPI

Excluisse do levantamento as Notas Fiscais nºs 197, 198, 215 e 5274.

3. EM RELAÇÃO AO PRODUTO SODA CÁUSTICA

Incluisse no levantamento fiscal todas as notas fiscais apresentadas pelo autuante e constantes das fls. 442 a 477, a exceção daquelas de nºs 2779, 3102, 3663, 4025, 4935 e 4951, pois

indicadas pelo diligente fiscal anterior que não se encontravam escrituradas no livro Registro de Entradas do contribuinte.

Auditor fiscal, lotado na ASTEC/CONSEF, através do Parecer nº 0145/03 (fls. 1513 a 1516), inicialmente consignou que a diligência foi efetuada com base nos documentos anexados ao processo, por entender serem suficientes para dirimir as dúvidas suscitadas pela Relatora. Assim, através da documentação anexada ao PAF, procedeu ao exame de toda movimentação do autuado no período em questão, sempre confrontando com os dados levantados pelo autuante, Desta forma, concluiu:

- 1. O levantamento das saídas foi efetuado pelo autuante e pela Auditoria Independente Price Water HouseCoopers (Revisão, PWC), com base em documentos fiscais emitidos pelo autuado. Portanto, no seu entendimento as alegações defensivas não eram pertinentes, desde quando a própria auditoria por ele contratada (fls. 231 a 236), ratificava as quantidades levantadas pelo autuante, ou seja, 10.050,22 toneladas do produto DCA.*
- 2. Quanto às Notas Fiscais nºs 4782 e 4783, embora os auditores independentes tenham alegado se referirem ao exercício de 1998, são elas do ano de 1997, conforme se constatava às fls. 237/238, sendo que foram incluídas no levantamento fiscal (fl. 57).*
- 3. As quantidades das entradas ocorridas no período eram as constantes do demonstrativo de fl. 633, ou seja, 10.045,79 toneladas, tendo em vista que no levantamento constava apenas uma entrada, através da Nota Fiscal nº 1, e não contestada.*
- 4. Conforme solicitação, foram excluídas do levantamento as quantidades do produto DCPI, na forma indicada e incluídas aquelas, também indicadas, do produto “soda cáustica”. Ressaltou que não incluiu a Nota Fiscal nº 10715 (fl. 444), por se tratar do produto “cloro” e não “soda cáustica”.*

Concluiu que o valor do ICMS devido era da ordem de R\$828.015,22, conforme demonstrativo que elaborou.

Chamado a tomar conhecimento da diligência fiscal, o autuado não se pronunciou (fl. 1520) e o autuante consignou sua “ciência” (fl. 1521).

Os termos do voto do relator da 1ª JJF, para uma melhor compreensão da Decisão são os seguintes:

“A primeira irregularidade apurada no presente Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento do imposto, constado pela diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, realizado através da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques. Foi exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, no caso, sobre as operações de entradas, com base no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 que determina, como presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que a escrituração da empresa apresentar saldo credor de caixa, suprimento de caixa de origem não comprovada, manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como de entradas de mercadorias não registradas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, salvo se o contribuinte provar o contrário.

Dos itens impugnados, o autuante concordou, após análise, inteiramente com as razões de defesa quanto aos produtos bisester, monoetileno glicol, diuron e ethephon. Com a modificação realizada, os produtos moetileno glicol e diuron não apresentaram diferenças a serem cobradas. Nos dois outros, houve a diminuição do débito do imposto apurado. Não

houve mais discussão a respeito dos mesmos. Entretanto os questionamentos continuaram a respeito da “soda cáustica”, DCPI e DCA.

Quanto à “soda cáustica” o impugnante disse que havia encontrado uma diferença de entrada na ordem de 9,710 toneladas, vez que a fiscalização não considerou diversas notas fiscais de entrada, por não terem sido encontradas e apresentadas em tempo hábil, em um total de 356,430 toneladas. Também havia considerado, indevidamente, notas fiscais de saídas relativas ao ano de 1998, no montante de 80,660 toneladas. Apresentou, ainda, estoque final diferente daquele apurado pela fiscalização.

O autuante, a respeito das 356,430 toneladas de “soda cáustica” entradas, disse que não as considerou, pois as notas fiscais eram de outro estabelecimento da empresa, com inscrição estadual diversa (24537496-NO). Quanto aquela de nº 10715, o produto nela constante era o “cloro”. Em relação às Notas Fiscais nºs 3663, 4025, 4935 e 4971 de 1998, as excluiu, ajustando o levantamento fiscal. Discordou, por fim, do estoque final apresentado, uma vez que no livro Registro de Inventário (fl. 78) consta o mesmo valor que está nos demonstrativos.

Como a discussão prosseguia, esta JJF baixou os autos em diligência para que fiscal estranho ao feito verificasse se as notas fiscais apresentadas com inscrição estadual diversa foram escrituradas no livro Registro de Entradas do estabelecimento autuado. Como resposta à indagação desta JJF, constatou que todas, a exceção daquelas de nºs 3102, 3663, 4025, 4935 e 4951, foram escrituradas na empresa autuada. Os autos foram baixados em diligência para que fiscal estranho ao feito ajustasse o levantamento, em relação a este produto, incluindo as notas fiscais de entrada que foram registradas na empresa autuada, uma vez que, embora de maneira irregular, a “soda cáustica”, efetivamente, havia dado entrada no estabelecimento autuado e lá consumida. Aquelas não registradas não poderiam ser aceitas, pois não existe prova da sua efetiva utilização pelo sujeito passivo. Fiscal estranho ao feito, com base na planilha apresentada pelo impugnante e constante das fl. 444 do PAF, excluiu as Notas Fiscais nºs 3102 e 2779, pois as demais não registradas e acima citadas não fizeram parte das indicadas pelo impugnante e não foram consideradas na ação fiscal. Em relação à Nota Fiscal nº 10.715, reafirmou que o produto era “cloro” e não “soda cáustica”, conforme prova o documento acostado à fl. 473, tendo o diligente, neste específico caso, completa razão. No documento, provado está que a mercadoria adquirida foi “cloro líquido” e não “soda cáustica”. Entretanto, quando do refazimento do levantamento do produto, o diligente fiscal cometeu um equívoco ao utilizar, para abatimento dos documentos identificados como corretos, as quantidades encontradas de saídas e não de entradas. Este fato, inclusive, aumentou as quantidades de entradas encontradas. Nesta situação, refaço o levantamento relativo ao produto para determinar a efetiva diferença apurada e conforme abaixo, observando, ainda, que a quantidade do estoque final é aquela consignada no livro Registro de Inventário (fl. 78) e tomada pela fiscalização.

1. VALOR TOTAL DAS NOTAS FISCAIS NÃO CONSIDERADAS PELO AUTUANTE	356,43 T
(-) Nota Fiscal nº 3102	14,24 T
(-) Nota Fiscal nº 2779	13,83 T
(-) Nota Fiscal nº 10715	103,42 T
TOTAL A ACRESCER NAS ENTRADAS DO EXERCÍCIO	224,94 T

2. ENTRADAS NO PERÍODO	
CONFORME LEVANTAMENTO FISCAL À FL. 634	- 1.076,69 T
(+)	- 224,94 T
TOTAL ENTRADAS	- 1.301,63 T

3. LEVANTAMENTO DAS OMISSÕES (utilizado o da fl. 635, pois já ajustado em relação às saídas)

ESTOQUE INICIAL	114,07 T
ENTRADAS	1.301,63 T
ESTOQUE FINAL	77,47 T
SAÍDAS REAIS	1.338,23 T
SAÍDAS COM NOTAS FISCAIS	1.463,31 T
OMISSÕES SAÍDAS POR PRESUNÇÃO	125,08 T
PREÇO MÉDIO UNITÁRIO	R\$429,57
BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO	R\$53.730,61
ALÍQUOTA	17%
ICMS	R\$9.134,20

Em relação ao produto DCPI (Diclorofenilisocianato), o impugnante disse que a fiscalização não considerou, em relação às saídas do período, que 20 toneladas diziam respeito à Nota Fiscal de Simples Remessa (nº 2376) e que 34,320 toneladas não eram DCPI, conforme demonstrado nas Notas Fiscais nºs 197, 198, 215, 4944 e 5274. Ajustou o levantamento identificando saídas de 7.562,200 toneladas e uma diferença de 32,810 toneladas, considerada como omissão de entradas, que, afirmou, não poderia ser presumida como omissão de entradas, em função da impossibilidade do ingresso de DCPI na empresa em quantidade superior ao montante produzido, vez que é produto fabricado pela empresa, não houve a sua importação no exercício autuado e as empresas que poderiam vendê-lo não o realizaram. Os argumentos apresentados para justificar as omissões de entradas que a própria empresa encontrou não podem ser aceitos como motivadores para desconstituição das diferenças encontradas. Estes argumentos podem até sinalizar indícios, porém jamais comprovam, efetivamente, as diferenças apuradas, vez que não existe uma comprovação de que houve um erro escritural na sua escrita, sendo perfeitamente legal a aplicação das determinações do art. 4, § 4º da Lei nº 7.014/96, ao contrário do que expõe o defendente. Em relação à Nota Fiscal nº 2376, o autuante acatou os argumentos de defesa, refazendo o levantamento fiscal. Em relação às Notas Fiscais nºs 197, 198, 215, 4944 e 5274 (fls. 429 a 433), reafirmou que o produto nelas constantes era o DCPI.

Diante do impasse, esta JJF buscou a confirmação da verdade material, através de opinião de um auditor lotado na IFEP, com formação em engenharia química. Este afirmou que o produto constante nas Notas Fiscais nºs 197, 198, 215 e 5274 era o DCPI, porém com grau de pureza diferente e, em relação à Nota Fiscal nº 4944 (saída para acondicionamento), não pode verificar se houve o retorno do produto, pois a empresa não conseguiu comprovar o fato. O impugnante discordou da diligência efetuada, apresentando os seguintes argumentos:

Nota Fiscal nº 5274 – a descrição do produto é DCPI + MCB – Monoclorobenzeno – cód. 99999999 (genérico), produto intermediário a ser processado ou queima.

Notas Fiscais nºs 197, 198 e 215 – descrição do produto é DCPI – Diclorofenilisocianato – FCS – cód 40030 (produto intermediário) quanto a queima ou reproprocessamento.

Nota Fiscal nº 4944 – cód 40011 (produto final). Entretanto, como constava a observação que foram saídas de “tambores para mudança de embalagem”, não existia motivo para considerar o produto novamente.

Identificados os produtos pelo próprio autuado e da análise dos referidos documentos, esta Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar decidiu acatar as razões de defesa em relação às Notas Fiscais nºs 197, 198, 215 e 5274, pois: 1) os códigos dos produtos são diferentes 2) os nomes dos produtos também; 3) o diligente informou que era DCPI, porém com outro grau de pureza; 4) o autuado informou que os produtos se constituíam em produtos intermediários; 5) o produto levantado foi o DCPI, código 40011 (produto final) e não produtos intermediários.

Quanto a Nota Fiscal nº 4944, como ficou comprovado que o produto saiu para mudança dos

tambores de embalagem, ou seja, recondicionamento, deveria estar provado o seu retorno. Não havendo esta comprovação, não há porque excluí-la do levantamento fiscal.

Nesta situação, foi solicitado a preposto fiscal que ajustasse o levantamento, excluindo as Notas Fiscais de Saídas de nºs 197, 198, 215 e 5274, o que foi realizado, passando estas saídas para 7.564,48 toneladas, e apuradas omissões de saídas por presunção na ordem de R\$254.697,53 com ICMS no valor de R\$42.298,58 a ser cobrado.

Por fim, devo me pronunciar a respeito do produto DCA. Preliminarmente observo que não houve questionamento quanto às quantidades da entrada, estoque inicial e estoque final do produto. Todo o questionamento do impugnante se prende as quantidades de saídas. E, mesmo estas, no que diz respeito às vendas a terceiros as quantidades não foram, realmente, questionadas. Apenas à fl. 203 da sua impugnação apresenta a quantidade de 1.273,50 toneladas e no levantamento realizado a quantidade de 1.353,50 toneladas (fl. 206). As quantidades levantadas pela fiscalização foram da ordem de 1.272,50 toneladas, e a que tomo como verdadeira vez que apurada por cada nota fiscal, conforme levantamento elaborado.

O problema se encontra nas saídas do DCA para sua planta de produção. O sujeito passivo não contradisse a quantidade de 10.050,22 toneladas do produto consignada nas notas fiscais de saídas. Inclusive apresentou levantamento, realizado por auditores independentes e contratado pela empresa, que indicaram esta mesma quantidade. Porém, afirmou que a diferença de 941,77 toneladas encontrada se deu pela duplicidade na emissão de notas fiscais para remessa à industrialização (erro de procedimento na emissão de notas fiscais complementares e cancelamento das notas fiscais anteriores). Para provar o que afirmava, vez a seguinte explanação:

- 1. O produto é fabricado pela empresa. Suas saídas ocorrem através de vendas para clientes e remessa para industrialização em outro estabelecimento da empresa, planta "P". A empresa costumava enviar o DCA, para industrialização, acobertado de notas fiscais previamente emitidas com um peso padrão específico (de 5,00 ou 10,00 toneladas), que, ao final do mês, constatadas diferenças entre as remessas e o consumo real na produção de DCPI, eram emitidas notas complementares. Porém, ocorreram erros na emissão desses documentos o que justificava uma diferença a maior nas saídas de DCA quando comparadas às entradas somadas aos estoques do produto. Este problema, afirmou, poderia ser confirmado através da análise das notas fiscais de remessa para industrialização, uma vez que as notas fiscais de saída de DCA geralmente são emitidas entre 5 e 25 toneladas, que são apropriadas para o transporte de mercadorias nos caminhões. No entanto, existem notas fiscais com quantidades muito superiores, a exemplo da de nº 4630, de 31/01/1997, com 843,74 toneladas, impossível de ser carregada pelos veículos.*
- 2. Ser tecnicamente impossível uma omissão de entradas do DCA. Observou que, como na América do Sul é produtora exclusiva do produto, e como não realizou qualquer importação, nem compra, conforme documentos que anexou aos autos, ficava evidente que as suas entradas ocorreram, exclusivamente, através de produção. Em relação às suas saídas, ocorrem para vendas a terceiros e remessas, para a produção do DCPI.*
- 3. O produto é utilizado na fabricação do DCPI. Neste sentido, apresentou Laudo Técnico elaborado pela Enprocess Engenharia Ltda., empresa especializada em engenharia química, demonstrando que não poderia existir a quantidade de DCA apurada para a produção do DCPI.*
- 4. Identificou duas notas fiscais indevidamente consideradas pela fiscalização, reduzindo, por conseguinte, a diferença em relação às entradas em 80 toneladas.*

O argumento apresentado de ser produtora do DCA e que não adquiriu nem realizou importações do produto não aceito como motivadores para desconstituição das diferenças encontradas, como já me posicionei em relação ao produto DCPI. Volto a ressaltar, estes argumentos podem sinalizar indícios, porém jamais comprovam, efetivamente, as diferenças apuradas, vez que não existe uma comprovação de que houve um erro escritural na sua escrita, sendo perfeitamente legal a aplicação das determinações do art. 4, § 4º da Lei nº 7.014/96.

No entanto, como o impugnante não descaracterizou as quantidades do produto consignadas nos documentos fiscais, afirmou que o DCA é insumo do DCPI, que o Laudo Técnico apresentado foi elaborado por empresa idônea, assinado por engenheiro químico (embora o autuante sem descaracterizá-lo, colocou em dúvida sua eficácia para a produção do DCPI), como, de fato, existem notas fiscais incluídas no levantamento fiscal com quantidades de saídas de 270 a 843,74 toneladas, por não ter formação em engenharia química e por entender que embora existindo uma irregularidade na escrita fiscal do contribuinte, este fato pode ter uma explicação técnica, conforme trouxe o impugnante, esta Junta de Julgamento Fiscal baixou os autos em diligência à Inspeção Especializada desta Secretaria da Fazenda para que auditor fiscal, com formação em engenharia química analisasse in loco, se, efetivamente, houve erro de emissão nos documentos de remessa para industrialização do DCA. Este não cumpriu o solicitado, pois respondeu que o sujeito passivo não apresentou nenhum documento comprobatório que pudesse confirmar a alegação de que houve erro na emissão de documentos fiscais, como exemplo, o cancelamento de notas fiscais e entendeu que os demais argumentos não eram suficientes para que pudesse desconsiderar os resultados do trabalho do autuante, sem explicar seu posicionamento.

Novamente em busca da verdade, esta JJF mais uma vez remeteu os autos em diligência. Desta vez para a ASTEC/CONSEF, solicitando que fiscal estranho ao feito, de preferência com formação na área de engenharia química e in loco, analisasse se eram pertinentes os argumentos de defesa. Mais uma vez o que foi solicitado não foi cumprido. Auditor fiscal lotado na citada unidade, ao verificar que as quantidades de saídas levantadas pelo autuante eram as mesmas apresentadas pelo autuado, entendeu que o fato não carecia de averiguações no local. Assim, através das peças processuais, entendeu correto o levantamento realizado pelo preposto fiscal. Neste momento, ressalto que quando do último pedido de diligência, equivocadamente, omiti quando falei das entradas, as palavras “na produção” o que poderia gerar equivoco de interpretação, pois eram saídas entradas na produção. Entretanto, diante da descrição do solicitado, o diligente perfeitamente a entendeu, não acarretando nenhum problema.

O processo não pode se arrastar indefinidamente. Por duas vezes esta Junta de Julgamento Fiscal buscou, sem êxito, comprovar através da própria Secretaria da Fazenda se as razões de defesa poderiam ser aceitas. Em nenhum momento este Órgão Fazendário, quando provocado, se posicionou corretamente. O que se pediu não foi o entendimento pessoal dos diligentes. O que foi solicitado foi uma análise técnica dos argumentos de defesa. Esta não foi feita, ou seja, em qualquer momento os fatos alegados pelo impugnante foram contestados. Assim, diante das determinações do art. 140 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) tomo como verdadeiras as alegações defensivas, diminuindo as quantidades de DCA saídas como remessas para produção de 8.777,72 toneladas para 7.650,51 toneladas, conforme Laudo Técnico apresentado pelo impugnante (fls. 402 a 404), observando, ainda, que as Notas Fiscais nºs 4782 e 4783, comprovadamente foram emitidas em 1997, portanto devem compor o levantamento das saídas.

CÁLCULO DAS SAÍDAS EFETIVAS

Vendas a terceiros - 1.272,50 toneladas
Saídas por remessa - 7.650,51 toneladas
Total saídas - 8.923,01

LEVANTAMENTO DAS OMISSÕES (utilizado o da fl. 635 dos autos)

<i>ESTOQUE INICIAL</i>	<i>254,28 T</i>
<i>ENTRADAS</i>	<i>10.145,79 T</i>
<i>ESTOQUE FINAL</i>	<i>1.284,24 T</i>
<i>SAÍDAS REAIS</i>	<i>9.115,83 T</i>
<i>SAÍDAS COM NOTAS FISCAIS</i>	<i>8.923,01 T</i>
<i>OMISSÕES SAÍDAS POR PRESUNÇÃO</i>	<i>192,82 T</i>
<i>PREÇO MÉDIO UNITÁRIO</i>	<i>R\$3.955,46</i>
<i>BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO</i>	<i>R\$762.691,79</i>
<i>ALÍQUOTA</i>	<i>17%</i>
<i>ICMS</i>	<i>R\$129.657,60</i>

Estes acertos levam a base de cálculo do imposto apurado neste item para os valores a seguir discriminados.

<i>Base de cálculo conforme apurado na última diligencia solicitada (fl. 1516 do PAF)</i>	<i>R\$4.870.677,76</i>
<i>Exclusão do valor da soda cáustica do Demonstrativo de Estoque (fl. 1516)</i>	<i>R\$246.985,57</i>
<i>Exclusão do valor do DCA do Demonstrativo de Estoque (fl. 1516)</i>	<i>R\$3.725.133,56</i>
<i>SUBTOTAL</i>	<i>R\$898.558,63</i>
<i>Inclusão do valor da soda cáustica conforme Decisão desta 1ª JJF</i>	<i>R\$53.730,61</i>
<i>Inclusão do valor do DCA conforme Decisão desta 1ª JJF</i>	<i>R\$762.691,79</i>
<i>TOTAL DA BASE DE CÁLCULO</i>	<i>R\$1.714.981,03</i>
<i>ICMS (17%)</i>	<i>R\$291.546,77</i>

Por fim, na assentada de julgamento, a advogada do contribuinte suscitou preliminar de mérito por cerceamento de defesa uma vez que os diligentes fiscais não cumpriram, em sua íntegra, a solicitação feita por esta JJF em relação ao produto DCA. Este requerimento não pode ser aceito. Em primeiro lugar, porque mesmo que a diligencia não tivesse sido cumprida em sua íntegra, cabe ao julgador aceitá-la ou rejeitá-la, a depender do seu convencimento. Em segundo lugar, a Decisão tomada foi totalmente baseada nas alegações e provas trazidas pela defesa.

A segunda infração trata da glosa de créditos fiscais utilizados, por se tratar de aquisições de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento autuado (produto “morfolina”).

O RICMS/96, aprovado pelo Decreto nº 5.444/96, e vigente à época dos fatos geradores, em seu art. 93, I, b), previa a utilização de crédito fiscal das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de produção. Condiçionava o uso deste crédito que as mercadorias estivessem diretamente vinculadas à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, que fossem consumidas ou integrassem o produto final na condição de elemento indispensável à produção ou composição de mercadorias cujas saídas fossem tributadas pelo ICMS, sendo que havendo mercadorias tributadas e outras não tributadas, o crédito seria proporcional às saídas realizadas (§ 1º do art. 93 do RICMS/96).

Por outro lado, vedava a utilização de crédito fiscal sobre as aquisições de mercadorias para uso ou consumo, definindo como uso ou consumo de mercadorias, aquelas que não fossem destinadas diretamente à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável à sua produção, composição ou prestação (art. 97, II, do citado Regulamento).

Da análise da legislação é necessário que seja observado a efetiva utilização, na atividade fabril do autuado, do produto cujo crédito foi glosado, vez que se determinado produto pode ser definido como material de uso e consumo a um estabelecimento fabril, em outro, ele é considerado matéria-prima ou produto intermediário.

Conforme Laudo Técnico apensado aos autos (fl. 223) a “morfolina é utilizada no processo de fabricação do “ethofumesato”, na etapa de síntese da “enamina”, na fase em que o reator é carregado com “isobutiraldeído” e “tolueno”. O autuante atacou o laudo apresentado, entendendo que não houve a descrição da função da “morfolina”, vez que faltou informar para que era adicionado e qual era a sua função no processo produtivo. Nesta situação, trouxe o impugnante nova descrição da sua produção, descrevendo, textualmente: “A Morfolina era utilizada no processo de fabricação do Ethofumesato, na etapa da síntese da Enamina da seguinte forma: O reator é carregado com Isobutiraldeído, e Tolueno, inicia-se a agitação e lentamente se adiciona a Morfolina, esta reage com o Isobutiraldeído para formar a Enamina. A Morfolina é portanto adicionada ao reator para gerar a Enamina esta reage com a p-Benzoquinona gerando o Benzofuranol que por sua vez, é reagido com Cloreto de Sulfonil Metano gerando o Mesilato de Benzofuranol. Na etapa seguinte o benzofuranol é hidrolisado em meio de Ácido Clorídrico produzindo como resíduo o Cloridrato de Morfolina e Hidroxi-Mesilato que é usado na última etapa da síntese do Etofumesato” (fl. 674).

Junte-se a descrição acima feita que este Colegiado, quando julgou o Auto de Infração nº 2810760001/00-5, contra a mesma empresa, entendeu tanto a Primeira quanto a Segunda Instância que, no processo produtivo do sujeito passivo, a “morfolina” se constituía em produto intermediário ao seu processo fabril (Acórdão 2ª JJF nº 2610/00 e Acórdão CJF nº 0133/01), o que me leva, novamente, a frisar, que o conceito de material de uso e consumo e material intermediário depende do processo produtivo do estabelecimento fabril.

Por tudo exposto, entendendo que o produto em questão gera direito ao crédito fiscal, uma vez que possui vinculação direta ao processo produtivo, pois necessário e indispensável ao desempenho da atividade fim do estabelecimento. A infração não pode ser mantida.

Ante o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigência do ICMS no valor de R\$291.546,77, observando que a Repartição Fiscal deve homologar os valores efetivamente recolhidos.”.

Após o voto da relatora, o Julgador Dr. José Bezerra Lima Irmão, emitiu voto discordante relativamente aos produtos DCA e DCPI constantes no item 1 do Auto de Infração, nos seguintes termos:

“O 1º tópico deste Auto de Infração diz respeito à presunção legal da falta de contabilização de vendas com base na omissão de entradas de algumas mercadorias. Após idas e vindas do processo, em sucessivas diligências, restaram pendências no tocante a três itens de mercadorias: DCA, DCPI e soda cáustica.

O problema está em que os dois primeiros itens – DCA e DCPI – são produzidos pelo próprio autuado. Ora, se é a própria empresa quem os produz, não há como haver “omissão de entradas”, pois as mercadorias não vêm de fora, são geradas dentro do próprio estabelecimento.

Existem certos levantamentos quantitativos em que as diferenças apuradas são inquestionáveis, a menos que haja erro aritmético. No caso, por exemplo, de uma empresa que compra e vende bicicletas, geladeiras e televisores, tomando-se os estoques iniciais, adicionando-se as entradas e deduzindo-se as saídas chega-se fatalmente aos estoques finais.

Porém, no caso em exame, é diferente. Os produtos DCA e DCPI são obtidos mediante reações químicas, a partir de outras substâncias, por processos cuja natureza escapa inteiramente ao

meu conhecimento. Trata-se da chamada “química fina”, coisa de que não tenho a mais mínima noção do que seja. E, pelo que percebo, também a nobre relatora, não obstante ser reconhecidamente detentora de vastos e profícuos conhecimentos nas áreas afetas ao cargo que ocupa, se viu forçada a baixar o processo em diligência para que os órgãos técnicos desta Secretaria dirimissem certas dúvidas.

No entanto, apesar de reiteradas diligências, as solicitações feitas por esta Junta não foram atendidas a contento. No voto que acaba de ser lido, ouvi a colega relatora lamentar que as diligências não foram satisfatoriamente atendidas, inclusive a última. Pontos relevantes que esta Junta pediu para serem analisados não foram atendidos.

Em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, o art. 112 do CTN recomenda que a interpretação da lei (e do aspecto fático) se faça da maneira mais favorável ao acusado.

Retomo então as considerações iniciais. Consta nos autos que o produto DCA é produzido pela empresa oro autuado. Uma parte desse produto é vendida e outra parte é por ela própria empregada como matéria-prima, noutra planta industrial, para produção de DCPI. Esses produtos não são produzidos no país por outras empresas, e foi demonstrado que não houve importações. Logo, se não há entradas, se os itens em apreço são produzidos pela própria empresa, fica fora de cogitação a existência de “omissões de entradas”, havendo, ao que tudo indica, mero erro de controle de produção, erro de natureza puramente escritural.

Por falta de certeza e liquidez, voto pela NULIDADE do lançamento no tocante aos itens DCA e DCPI. Nos autos há elementos para que se faça a exclusão dos valores correspondentes a esses dois itens.”

No Recurso Voluntário, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/12/2002 com a cobrança de imposto no valor de R\$ 991.576,66 acrescido das multas de 60% e 70% em decorrência de: 1) falta de recolhimento do imposto, constatado pela diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas (exercício de 1997); 2) utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de materiais de uso e/ou consumo - aquisições de "Moirfolina" (janeiro a março de 1997).

Ocorre, todavia, que diante da revisão fiscal elaborada pelos auditores independentes PriceWaterhouseCoopers (Revisão Pwc) contratados pela empresa a fim de embasar a sua avaliação do auto, constatado, inicialmente, ser procedente a autuação em algumas diferenças de produtos não contestadas na fase de impugnação, relativas ao item 01, no valor principal de R\$ 79.896,71, já tendo recolhido através de DAE a importância corrigida de R\$ 169.567,34, parcela esta que requer seja homologada, restou, no entanto, impugnados os demais itens da autuação, por entender completamente indevidos.

*O Acórdão nº 0362/01-03 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em tela, com a exclusão de diversos itens **referentes à soda cáustica, DCA e DCPI**, com o acatamento da revisão fiscal elaborada por empresa de auditoria bem como laudo técnico apresentado a fim de apurar as diversas irregularidades existentes no Auto de Infração, no que diz respeito à falta de recolhimento do imposto, constatado tanto pela diferença de entradas como de saídas de mercadorias, realizado através de auditoria de levantamento quantitativo de estoque.*

*No entanto, apesar dos ajustes efetuados no levantamento fiscal, reduzindo-se o montante do débito para o valor de R\$ 291.546,77, **o Recurso ora interposto reporta-se aos itens soda***

cáustica, DCA e DCPI visto que ainda persistem certas incorreções, que necessitam ser esclarecidas, a fim de demonstrar que "as omissões de entradas/saídas" são tecnicamente impossíveis, diante do processo produtivo da empresa e dos produtos envolvidos, conforme restará demonstrado.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a empresa autuada, tem os seus objetivos sociais voltados a área de química fina, razão pela qual o seu processo produtivo consiste na reação de produtos químicos, passando-se por estágios diferentes de produção para a fabricação do produto final no estabelecimento localizado em Barra Mansa - Rio de Janeiro.

Desse modo, conforme mencionado na impugnação, o produto DCA é fabricado pela empresa, no estabelecimento localizado na Rua Oxigênio, em Camaçari-BA, denominado de planta "N". As saídas de DCA ocorreram através de vendas para clientes (devidamente identificadas através das notas fiscais apontadas no Relatório de Auditoria Pwc perfazendo a quantidade de 1.353,50 ton - valor ínfimo diante da autuação) bem como, remessa para industrialização em outro estabelecimento da empresa, localizado à Rua Hidrogênio, também em Camaçari, BA denominado de planta "P". Portanto a empresa recorrente, possui em Camaçari duas plantas industriais, vinculadas ao mesmo processo produtivo, que em virtude da sua especificidade demanda o deslocamento das substâncias envolvidas entre os estabelecimentos da mesma empresa.

Ocorre, todavia, que em 1997 a empresa costumava enviar o DCA para industrialização na área "P" através de notas fiscais previamente emitidas com um peso padrão específico, geralmente 5, ou 10,00 ton (já que o limite do caminhão-tanque era de 20,00 ton), que, ao final do mês, após inventariado, constatadas diferenças entre as remessas e o consumo real na produção de DCPI, eram emitidas notas fiscais de complemento.

No entanto, a diferença apontada no referido Auto de Infração, relativa a omissão de entradas, totalizando, inicialmente, a quantidade de 941,77 toneladas constatada do produto DCA, em verdade, decorreu da emissão, em duplicidade, de notas fiscais de remessa para industrialização, não consideradas pela fiscalização (erro de procedimento na emissão de notas fiscais complementares e ausência de cancelamento das notas fiscais anteriores, ou seja, eram emitidas notas fiscais no valor total das operações, sem o cancelamento das notas fiscais anteriormente emitidas e que serviram de base para a nota fiscal do valor total, sendo certo que foi o somatório destas que ensejou a presente autuação, sem considerar, no entanto, a capacidade produtiva da empresa, gerando também uma autuação fictícia de Saídas).

Em virtude disso, os erros cometidos na emissão desses complementares acarretam uma diferença a maior nas saídas de DCA [expressas no demonstrativo de cálculo das omissões - saídas com N.F e omissão de entradas], quando comparadas às entradas ao estoque inicial, abatido do estoque final do produto, sendo que tais explicações apesar de prestadas à fiscalização, apenas foram aceitas parcialmente no julgamento em 1ª Instância.

Logo, conforme ressaltado na defesa não só a omissão de entradas do DCA era tecnicamente impossível como a "suposta" omissão de saídas foram tão somente em decorrência de erro na emissão das notas fiscais de saídas "remessa para industrialização" em que ocorre a suspensão do imposto de acordo com o disposto no art. 615 do RICMS/BA.

Além disso, como na América do Sul a empresa é produtora exclusiva do produto, sua existência no país somente seria possível pela sua produção ou através de importação, o que de acordo com informação do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior, em 1997, somente foram importadas, no Brasil, 268,500 toneladas de DCA² e, conforme consulta ao Sistema Integrado de Comércio Exterior – SISCOMEX, não realizou importação de

DCA naquele ano³, demonstrado, por conseguinte, que as entradas do produto DCA ocorreram, exclusivamente, através de produção na planta "N".

Esclareça-se, ademais, que o DCA, à época da autuação, como ainda hoje, era utilizado por poucas empresa no País, para a fabricação de outros produtos, podendo nomeá-las – Ilharabrás, Defesa e Bayer, as quais já

De igual forma era relação às saídas de DCA, estas ocorreram através de venda a clientes na quantidade de 1.353,50 ton e o restante através de remessas para a planta "P" visto que o produto era utilizado na fabricação do DCPI (Diclorofenilisocianato).

Logo, constatando-se o erro de procedimento quando da emissão das notas fiscais complementares, é fácil verificar que a diferença apontada pela auditora julgadora às fls. 10 do voto que ensejou a Decisão ora recorrida, ainda de 32,810 t de DCPI consideradas nas notas de saídas, não poderia ser presumida como omissão de entradas, em função da impossibilidade do ingresso de DCPI na empresa em quantidade superior ao montante produzido, até mesmo por se tratar de um produto decorrente de reações químicas, onde somente em determinada quantidade, nem menor, é possível obter a fabricação do produto em tela. Diga-se, de passagem, que não há a mínima possibilidade de armazenamento do produto no estabelecimento situado na planta P, desde quando não há local para armazenamento e há o retorno de todo o produto a Planta N.

Portanto, constata-se que o DCPI é um produto intermediário que retornava ao estabelecimento denominado planta "N" para total transferência ao estabelecimento localizado em Barra Mansa/RJ.

Por outro lado, também é indevida a autuação no tocante à omissão de entradas da soda cáustica, visto desconsiderar determinadas notas fiscais que no total perfazem a quantidade de 356,43 toneladas, e até mesmo ao considerar notas fiscais do exercício de 1998 e não de 1997 o que implica na quantidade de 80,66 toneladas a mais, somente excluída do levantamento fiscal, após constatado o erro laudo apresentado pela empresa de auditoria contratada pelo autuado.

Diante de tais alegações, verifica-se que existem inúmeros equívocos na ação fiscal no que concerne aos fatos apurados, até mesmo em razão da matéria ser de natureza eminentemente técnica, que demanda conhecimento especializado na área de engenharia química conforme constatado pela nobre Relatora no despacho de fls. 1.510 e 1511, e corroborado no Acórdão nº 0362/01-03 da 1ª JFJ, uma vez que as "supostas" infrações foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoque, sem considerar a peculiaridade do processo produtivo da empresa, razão pela qual é necessária a realização de perícia a fim de esclarecer a verdade dos fatos, oculta nos confusos levantamento levados a efeito pelos autuantes, objeto, inclusive, de diversas correções no decorrer do presente processo administrativo fiscal, mas que ainda dependem de esclarecimentos, conforme restará demonstrado.

Os vícios determinados na defesa e visualizados pela relatora, ainda maculam a presente autuação, devendo ser realizada a prova pericial química, requerida reiteradas vezes pelo recorrente e necessárias para preservar os princípios constitucionais da verdade material e da ampla defesa, o que ainda requer neste processo.

Preliminarmente, é necessário argüir a flagrante nulidade do Auto de Infração ora em comento, conforme o disposto no art. 18 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), a partir do momento em que as diligências solicitadas pela nobre Relatora não foram atendidas a contento no sentido de esclarecer os fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração ora guerreado, 5 principalmente, diante do desconhecimento técnico do processo produtivo da empresa,

prejudicando a compreensão do trabalho Fiscal, sua lógica, deduções e fundamentos, impossibilitando, por conseguinte, o amplo exercício do direito de defesa, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

De mais a mais, corroborando tal entendimento está o voto discordante da lavra do Cons. José Bezerra Lima Irmão no que diz respeito à presunção legal da falta de contabilização de vendas com base na omissão de entradas de algumas mercadorias, restando clara a incongruência na lavratura do referido Auto de Infração, sendo certo, que a narrativa por ele efetuada, resume o que de fato ocorreu com a empresa e os erros perpetrados na autuação, motivo pelo qual, pede o recorrente venia, para sua transcrição:

“(...) Na medida em que se é a própria empresa que produz os dois primeiro itens - DCA e DCPI, não há como haver "omissão de entradas", pois as mercadorias não vêm de fora, são geradas dentro do próprio estabelecimento.

Existem certos levantamentos quantitativos em que as diferenças apuradas são inquestionáveis, a menos, que haja erro aritmético. No caso, por exemplo, de uma empresa que

compra e vende bicicletas, geladeiras e televisores, tomando-se os estoques iniciais, adicionando-se as entradas e deduzindo-se as saídas chega-se fatalmente aos estoques finais.

Porém, no caso em exame, é diferente. Os produtos DCA e DCPI são obtidos mediante reações químicas, a partir de outras substâncias. por processos cuja natureza escapa inteiramente ao meu conhecimento. Trata-se da chamada “química fina”, coisa de que não tenho a mais mínima noção do que seja. E, pelo que percebo, também a nobre relatora, não obstante ser reconhecidamente detentora de vastos e profícuos conhecimentos nas áreas afetas ao cargo que ocupa, se viu forçada a baixar o processo em diligência para que os órgãos técnicos desta Secretaria dirimissem certas dúvidas.

No entanto, apesar de reiteradas diligências, as solicitações feitas por esta Junta não foram atendidas a contento. No voto que acaba de ser lido, ouvi a colega relatora lamentar que as diligências não foram satisfatoriamente atendidas, inclusive a última. Pontos relevantes que esta Junta pediu para serem analisados não foram atendidos.

Em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, o art. 112 do CTN recomenda que a interpretação da lei (e do aspecto fático) se faça da maneira mais favorável ao acusado.

Retorno então as considerações iniciais, Consta nos autos que o produto DCA é produzido pela empresa ora autuado. Uma parte desse produto é vendida e outra parte é por ela própria empregada como matéria-prima, noutra planta industrial, para produção de DCPI. Esses produtos não são produzidos no país por outras empresas, e foi demonstrado que não houve importações. Logo, se não há entradas, se os itens em apreço são produzidos pela empresa, fica fora de cogitação a existência de “omissões de entradas”, havendo, ao que tudo indica, mero erro de controle de produção, erro de natureza escritural.

Por falta de certeza e liquidez, voto pela NULIDADE do lançamento no tocante aos itens DCA e DCPI. Nos autos há elementos para que se faça a exclusão dos valores Correspondentes a esses dois itens.”

Não obstante, ter o próprio agente autuante ao prestar a informação fiscal lançado perguntas evasivas que demonstram de per si a ausência de certeza e liquidez quanto ao Auto de Infração lavrado ao levantar suposições fáticas para tentar justificar a ocorrência de fato gerador do tributo, e, por conseguinte, a cobrança de imposto, configurando total descumprimento ao disposto no art. 127, § 6 do RPAF, "in verbis"

Art. 127, § 6º - A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação legal.

*Portanto, é imperiosa a realização de prova pericial a fim de apurar verdade material e o quanto alegado na impugnação, sob pena de negada, caracterizar flagrante cerceamento ao direito de defesa, com base no art. 145 do RPAF/99, através dos quesitos abaixo e **indicando como assistente técnico o Sr. José Carlos Colonese**, engenheiro químico, de nacionalidade brasileira, inscrito no CRQ sob o nº 03312613- 3ª Região, funcionário do autuado, onde poderá ser encontrado para fins de intimação.*

*Ressalte-se que a **perícia**, levada a efeito de forma isenta, é o único meio de prova capaz de dirimir as dúvidas existentes e de permitir um julgamento seguro, bem como de demonstrar a impossibilidade técnica da "omissão de entradas/saídas" tendo em vista que o transporte é realizado por meio de caminhões-tanque (com capacidade máxima de 20,00 ton) e em operação de remessa/transferência entre estabelecimentos da mesma empresa.*

*Neste esteio, fôrmula o recorrente os quesitos abaixo, com a finalidade precípua de demonstrar que a autuação, apenas considerou equívoco contábil da empresa, que não cancelou notas fiscais substituídas, por outras de valor integral, o que não ocasionaria qualquer crédito fiscal, vez que, todas as notas se referiam a remessa de produto entre plantas produtivas da mesma empresa, sem gerar base de cálculo para o ICMS, nos termos do **art. 615 do RICMS/BA**, bem como, aquelas relativas a transferências de produtos, tinham idêntica base, gerando a anulação do crédito.*

Quesitos:

- 1. Qual a natureza das operações realizadas entre os estabelecimentos do autuado (Planta "N" e Planta. "P"), com os produtos relacionados com auditoria de estoques?*
- 2. Qual o tratamento tributário que deve ser aplicado às operações mencionadas no item anterior?*
- 3. Como era feito o transporte do DCA da planta "N" para a planta "P", para fins de fabricação do DCPI, e em caso afirmativo qual é capacidade máxima que poderia ser transportada?*
- 4. O DCA é realmente utilizado como matéria-prima para a fabricação do DCPI?*
- 5. Diante do que foi apurado, é possível identificar que houve erro de natureza contábil, na emissão de documentos fiscais a fim de acobertar tais operações, gerando duplicidade nas quantidades transportadas sem o devido cancelamento das notas fiscais anteriormente emitidas?*
- 6. É possível os Srs. Peritos identificar a existência de Notas Fiscais de transferência de produto dentro da mesma empresa, ou seja, da Planta N para a Planta P?*
- 7. Existindo tais notas, é possível os Srs. Peritos esclarecer se estas notas referiam-se a transferência propriamente dita ou a remessa das substâncias químicas objeto da autuação, sendo certo que as notas de transferência foram equivocadas vez tratar-se de operação de remessa?*

8. *Em não sendo possível desnaturar as operações de transferência em operações de remessa, podem os Srs. Peritos esclarecer se é correto dizer que as referidas operações não geraram prejuízo ao erário ou evasão de imposto, vez que o crédito fiscal gerado para uma das empresas pela entrada, deflui do débito a cargo da remetente, no mesmo montante, anulando-se, por conseguinte a operação, encontrando-se ambas as empresas situadas no estado da Bahia, dentro da mesma circunscrição fiscal.*

Entendeu o autuante que através do levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, foi constatada a omissão de entradas decorrentes dos produtos DCA, DCPI e SODA CÁUSTICA, o que foi resultante, em verdade, de erro na emissão de documentos fiscais, como exemplo, o não cancelamento de notas fiscais anteriormente emitidas, ou seja, configurando a emissão em duplicidade.

Ocorre, todavia, que no caso da DCA e DCPI as operações envolviam tão só a remessa para industrialização, razão pela qual apesar do erro escritural, não houve efetivamente qualquer prejuízo para o Erário, diante da suspensão da incidência do imposto, nos termos do art. 615 do RICMS-BA.

Por isso, em que pese o fato dos autos terem sido baixados por duas vezes em diligência, para que fiscal estranho ao feito ajustasse o levantamento, sem êxito, porque não efetuada a diligência determinada administrativamente pela relatora, e, por fim, que fosse a última diligência realizada "in loco" na empresa por auditor com formação na área de engenharia química, a fim de viabilizar não só uma análise numérica, mas principalmente uma análise técnica dos argumentos da defesa, em busca dos princípios da verdade material e da ampla defesa, a solicitação não foi atendida, conforme se depreende do voto a seguir transcrito:

"O processo não pode se arrastar indefinidamente. Por duas vezes esta Junta de Julgamento Fiscal buscou, sem êxito, comprovar através da própria Secretaria da Fazenda se as razões de defesa poderiam ser aceitas. Em nenhum momento este Órgão Fazendário, quando provocado, se posicionou corretamente. O que se pediu não foi o entendimento pessoal dos diligentes. O que foi solicitado foi uma análise técnica dos argumentos de defesa. Assim, diante das determinações do art. 140 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) tomo como verdadeiras as alegações defensivas, diminuindo as quantidades de DCA saídas como remessas para produção de 8.777,72 toneladas para 7.650,51 toneladas conforme Laudo Técnico apresentado pelo impugnante (fls. 402 a 404), observando, ainda, que as Notas Fiscais nº 4782 e 4783, comprovadamente foram emitidas em 1997, portanto devem compor o levantamento das saídas".

No entanto, verifica-se no trecho supramencionado que além do erro matemático na apuração do imposto "supostamente" devido - primeiro erro detectado no voto -, é mister ressaltar que os dados encontrados para o cálculo do imposto partiram de premissas completamente equivocadas, visto que o Laudo Técnico (Relatório Técnico de Consumo) apresentado pela empresa, a que se reporta a relatora, visava tão somente demonstrar que a produção máxima da empresa utilizando-se da pureza média do DCA de 98,6% seria de 7.650,500, jamais, que esta tenha sido a sua produção no período, já que esta era mesmo a capacidade máxima de produção, em se tratando de mercadorias destinadas a venda, na qualidade de produto final, e não como matéria prima para a fabricação do DCPI, na forma em que efetivamente ocorreu na empresa no período da autuação. Desse modo, o consumo de 8.668,990 toneladas de DCA constante no Auto de Infração seria tecnicamente impossível, assim, como, não se pode aceitar o nº 7.650,51 toneladas, na forma do laudo técnico anexado, vez que este destinou-se a demonstrar o número máximo que a empresa está apta a produzir,

utilizando-se o maior grau de pureza alcançável, não aquilo que efetivamente foi consumido no período, com o grau real de pureza para a produção ele DCPI.

Adernais, disso, os equívocos também se viram presentes em relação às notas de vendas à terceiros, vez que o valor informado pela Relatora não confere com o valor informado nos relatórios, já que a relação de vendas a terceiros perfaz a quantia ele 1.353,50 toneladas, e não a quantia de 1.272,50 toneladas.

Então, refazendo a memória de cálculo realizada pela nobre Relatora, a planilha correta passa a ser, utilizando-se da pureza média ele 97,1% de DCA, necessária a produção de DCPI, conforme laudo do assistente técnico em anexo, quando do envio para remessa de industrialização:

DESCRIMINAÇÃO	VALOR MENCIONADO NO ACÓRDÃO	VALOR ATUAL CORRIGIDO
<i>Estoque Inicial</i>	254,28	254,28 t
<i>Entradas</i>	10.145,79	10.145,791
<i>Estoque Final</i>	1.284,241	1.284,241
<i>Saídas Reais</i>	9.115,83 (9.115,83 l
<i>Saídas com notas fiscais</i>	8.923,01 l	9.122,19 t7
<i>Omissão de saída por presunção</i>	192,82 t	
<i>Preço Unitário</i>	R\$ 3.955,46	
<i>Base de Cálculo do imposto</i>	R\$ 762.691,79	

Considerando a venda a terceiros com notas, na quantidade correta de 1.353,50 toneladas e não 1.272,50, verificado pela relatora, somados a quantidade efetivamente consumida no período autuado, de 7.768,69 toneladas, para a fabricação do DCPI utilizando-se do correto percentual de pureza de 97,1%.

<i>Alíquota</i>	17%
<i>ICMS</i>	R\$ 129.657,60

De igual sorte, no tocante ao DCPI -após inúmeras correções no levantamento fiscal efetuado, restando a omissão de aproximadamente 30,00 toneladas decorre exatamente do erro escritural apontado, visível, flagrante e incontroverso, que pode ser fatalmente desprezado visto que não poderia ser presumida a omissão de entradas em função da impossibilidade do ingresso de DCPI na empresa em quantidade superior ao montante produzido, através da utilização DCA.

*Por fim, em relação à soda cáustica, houve a desconsideração de cerca de 130,00 toneladas, Veja que a exclusão das **Notas Fiscais de nºs 3102 e 2779, nas quantidades de 14,24t e 13,83t, respectivamente, sob a alegação de que não foram lançadas na escrita fiscal não procede conforme atesta cópia do livro de entrada em anexo, bem como é necessário ressaltar que a Nota Fiscal de nº 10715 foi anexada aos autos de forma equivocada, por se tratar efetivamente de cloro e não de soda cáustica, razão pela qual requer ajuntada das notas fiscais abaixo elencadas, tudo com o objetivo de afastar a presunção legal de “omissão de entradas”, as quais totalizam a quantidade de 102,913 toneladas, capazes de elidir a autuação supra, no que se refere à omissão de entradas quanto ao item soda caustica, o que faz nos seguintes termos:***

FORNECEDOR	NOTA FISCAL Nº	QUANTIDADE
<i>Salgema</i>	2886	13,605
<i>Salgema</i>	2918	14,294
<i>Salgema</i>	2925	12,669
<i>Salgema</i>	2934	12,922

Salgema	2944,	13,946
Salgema	2947	14,294
Salgen-ia	2965	14,279
Ti-Ikem	4173	6,904
Salgema8*	2779	13,832
Salgema*	3102	14,235

Por esta razão, vale registrar que diante da peculiaridade do processo produtivo, a análise da presente autuação não pode se restringir sob o aspecto contábil/número, diante da importância de conhecimento técnico especializado, até porque a empresa não se exime do erro escritural e de emissão dos documentos fiscais, todavia, o mero descumprimento de uma obrigação acessória jamais pode ensejar o pagamento de uma obrigação principal, sendo imperioso, a título de exemplificação, destacar a emissão de documentos fiscais de remessa em quantidades completamente absurdas, vide Nota Fiscal nº 4630 que atesta a quantidade de 843,74 toneladas.

Ademais, constata-se que as acusações tiveram como origem, basicamente, a análise das operações realizadas entre estabelecimentos da própria empresa, visto que as remessas de mercadorias constantes na auditoria de estoques tiveram como objetivo a industrialização.

Em sendo assim, afastada a hipótese de realização de operações mercantis, salta aos olhos, que as operações em que pese terem sido realizadas com erro na emissão dos documentos fiscais correspondentes, não podem suportar a cobrança do ICMS, ou seja, não apontam para o direito de recuperação, pelo Estado, de receita pública. Tudo isso simplesmente porque não houve evasão de imposto.

Ainda que, apenas por amor a argumentação, se trate de transferências para industrialização, nem assim, a inexistência de evasão deflui do crédito fiscal gerado para uma das empresas (pela entrada), em contrapartida com o débito a cargo da outra (remetente), sendo ambas situadas no Estado da Bahia. Com efeito, a exigência fiscal revela que a destinatária das mercadorias tem direito ao crédito no mesmo montante do débito da remetente, anulando a operação.

Isso em unia situação normal. Se considerarmos, no caso em tela, que essas operações de remessa para industrialização gozam de suspensão do ICMS, conforme previsto no art. 615 do RICMS/BA, deduziremos que, por mais um motivo, não houve o descumprimento de obrigação principal.

Não há, como visto, a menor possibilidade de ter o autuado causado prejuízo ao Erário. Se infração houvesse, sem medo de errar, pode-se dizer que esta foi de caráter acessório, determinando-se tão somente a aplicação da multa formal prevista em lei, julgando-se assim, procedente em parte o Auto de Infração, por ser a medida extrema cabível, como determina o RPAF e vem decidindo reiteradamente, e em todas as situações em que a instrução do processo revela apenas o descumprimento de obrigação acessória, conforme revelam as seguintes Resoluções, em casos análogos, abaixo transcritas:

Acórdão nº 3.245/96, 4ª Câmara -EMENTA --- ICMS - Transporte de Mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Trata-se de operação de circulação com arrendamento mercantil amparada pela não incidência do imposto .

Comprovado o descumprimento de obrigação acessória. Auto PROCEDENTE EM PARTE para aplicar 1 UPF/BA, nos termos do art. 61, XXXI, da Lei nº 4.825/89. Decisão unânime (Destacamos)

Isto posto e com fulcro em todos os argumentos e fatos retro mencionado, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a prova pericial, cujo pleito fica reiterado nos termos da quesitação formulada nos presentes autos, ao tempo em que nomeia como Assistente Técnico o Sr. José Carlos Colonese, engenheiro químico inscrito no CRQ sob o nº 033 12613- 3ª Região, o autuado requer respeitosamente que a preliminar de nulidade seja conhecida e provida e que o Auto de Infração quanto aos itens DCA e DCPI seja declarado nulo de pleno direito, vez que não constatado e evasão de receita, quanto a autuação relativa a soda cáustica, verificada a correção das notas fiscais de compra, seja a mesma excluída, afastando-se com isso a presunção de "omissão de entradas".

Ademais, diante do exposto, caso ultrapassada a preliminar, respeitosamente, requer que no mérito, seja o auto julgado procedente em parte, com a condenação apenas nas parcelas já recolhidas, por ser medida de direito e justiça".

Remetido o PAF à PGE/PROFIS, esta considerando as provas documentais acostadas em sede recursal bem como o fato de que as dúvidas relacionadas aos itens soda cáustica, DCA e DCPI não foram totalmente dirimidas, sugere o encaminhamento do PAF, para que fiscal revisor lotado na ASTEC complete a diligência fiscal respondendo objetivamente aos quesitos formulados pelo recorrente às fls. 1562 e 1563 dos presentes autos.

Incluído em Pauta Suplementar de Julgamento, a sugestão de diligência apresentada pela PGE/PROFIS foi acatada pela 1ª CJF.

A diligência efetuada pela ASTEC apresenta o seguinte resultado:

"O processo foi encaminhado pelo Relator da 1ª CJF para que, através de diligência à ASTEC, fiscal estranho ao feito, analise os documentos anexados pelo recorrente e responda objetivamente aos quesitos, também por eles formulados às fls. 1.562 e 1.563, transcritos a seguir :

- 1) Qual a natureza das operações realizadas entre os estabelecimentos do autuado (Planta "N" e Planta "P"), com os produtos relacionados com a auditoria de estoque,*
- 2) Qual o tratamento tributário que deve ser aplicado às operações mencionadas no item anterior ?;*
- 3) Como era feito o transporte do DCA da Planta "N" para a Planta "P", para fins de fabricação do DCPI, e em caso afirmativo qual é a capacidade máxima que poderia ser transportada?;*
- 4) O DCA é realmente utilizado como matéria-prima para a fabricação do DCPI?;*
- 5) Diante do que foi apurado, é possível identificar que houve erro de natureza contábil, na emissão de documentos fiscais a fim de acobertar tais operações, gerando duplicidade nas quantidades transportadas sem o devido cancelamento das notas fiscais anteriormente emitidas?*
- 6) É possível os Srs. Peritos identificar a existência de Notas Fiscais de transferências de produtos dentro da mesma empresa, ou seja, da Planta "N" para a Planta "P"?;*
- 7) Existindo tais notas, é possível os Srs. Peritos esclarecer se as notas referiam-se a transferência propriamente dita ou a remessa das substâncias químicas, objeto da autuação, sendo certo que as notas de transferências foram equivocadas vez tratar-se de operações de remessa?;*

- 8) *Em não sendo possível desnaturar as operações de transferência em operações de remessa, podem os Srs. Peritos esclarecer se é correto dizer que as referidas operações não geraram prejuízo ao erário ou evasão de impostos, vez que o crédito fiscal gerado para tinha das empresas pela entrada, deflui do débito a cargo do remetente, no mesmo montante, anulando-se, por conseguinte a operação, encontrando-se ambas as empresas situadas no estado da Bahia, dentro da mesma circunscrição fiscal.*

DA DILIGÊNCIA FISCAL:

“Para o cumprimento da diligência, compareci às instalações industriais do autuado para examinar as unidades de processos cujas operações foram objeto do presente Auto de Infração, bem como, proceder à intimação para apresentação da documentação fiscal indispensável à realização dos exames necessários ao atendimento da solicitação do Relator.

Dos exames empreendidos nas instalações do autuado, constatamos que, efetivamente, a Planta "N" remete o produto DCA para Planta "P" para fabricação do DCPI que, após essa transformação, parte é utilizada como matéria prima na fabrica do autuado e, parte dela é comercializada para terceiros. Verificamos, também, que o transporte do DCA realizado de uma planta para outra é feito através de carreta rodoviária em isotanques com capacidade média de 20 ton. Constatamos, também, que embora se tratasse exclusivamente de remessa para industrialização, a empresa, durante o período fiscalizado emitiu, tanto notas fiscais de remessa como de transferência para acobertar a operação - relação anexa, com indicação do CFOP. Indagado sobre a questão, o encarregado do setor fiscal do autuado alegou não ter explicação para a adoção de uma e de outra opção, afirmou, entretanto que ambas estão acordes às exigências do RICMS-BA.

Quanto a apuração da movimentação do DCA, ante a impossibilidade do autuado demonstrar de forma inequívoca as escriturações em duplicidade das remessas para industrialização da planta "N" para a planta "P", restou a alternativa, apresentada pela defesa, de apurar indiretamente o volume de suas saídas, através da soma dos volumes vendidos para terceiros com nota fiscal com o volume utilizado de DCA para produzir o DCPI, volume este conhecido e disponível nos autos.

O método alternativo apresentado pelo autuado tem amparo técnico nos cálculos estequiométricos, ou seja, no balanceamento de massa da reação química necessária para a obtenção do DCPI, a partir do DCA e CDC atestado que fora, em Parecer técnico específico por especialista na área de engenharia química., constantes dos autos, fls. 401 e 402.

Foi considerado nessa linha de raciocínio, o volume de CDC (Fosfogênio) como ponto de partida - produto químico que não pode ser armazenado por se tratar de um fluido letal - e que fora adquirido em 1997 o volume de 4.609,859 ton, fls. 403 a 414, utilizado juntamente com o DCA na reação química para produção de DCPI, conforme explicitado no Relatório Técnico de Consumo, fl. 401, que utilizou a pureza média do DCA de 98,6%, e concluiu que o total de DCA consumido para produção de DCPI no exercício em questão fora de 7.650,51 ton, valor esse, já adotado para as saídas por remessa, pela Relatora na primeira instância no cálculo das saídas efetivas, fl. 1.539.

Em sua peça defensiva o autuado questiona que a quantidade de 7.650,51 ton, acolhida pela Relatora com base no Relatório Técnico de Consumo, deve ser reformulada tendo em vista que a média de pureza utilizada nos aludidos cálculos é muito superior a que, na prática, é adotada pelo autuado para produção do DCA usado como insumo para a produção do DCPI, cuja pureza fica em torno de 97,1 %. Com essa correção, a quantidade de DCA passa para 7.768,69 ton. Afirma, também, que a média atribuída no Relatório mais se aproxima da pureza

necessária para a produção do DCA destinado à vendas, para atender especificações exigidas por seus clientes.

Com isso, ante as alegações e argumentação apresentadas nos autos e verificadas in loco em visita realizada a unidade fabril do autuado, onde colhemos informações acerca do processo de produção do DCA, através de explicações de técnicos da planta em que o produto é elaborado, pudemos inferir a razoabilidade da pretensão da defesa. Entretanto, por não possuímos qualificação técnica na matéria em lide para acolher como totalmente irrefutável as ponderações do autuado, estamos apresentando dois novos demonstrativos de débito, um contemplando essa alteração, ou seja, considerando as saídas de DCA por remessa como sendo de 7.768,69 ton, e o outro, mantendo as 7.650,51 ton, adotada no julgamento de primeira instância para avaliação do Relator e a conseqüente utilização da alternativa que melhor lhe aprouver.

No tocante ao total das saídas por vendas a terceiros do DCA, afirma o autuado ser de 1.353,50 ton e não 1.272,50 ton conforme consta do voto do julgamento da primeira instância, fl. 1.539. Constatamos, durante os trabalhos revisionais, que o total indicado pelo autuado está correto, ou seja, de acordo com as notas fiscais de saídas, de seus respectivos registros no LRS e consolidado em planilha anexa ao presente Parecer que, efetivamente, as saídas por vendas do produto DCA foram de 1.353,50 ton.

Com a adição de 1.353,50 ton das vendas às saídas por remessas de 7.768,69 ton, no caso da primeira alternativa apresentada o total das saídas passa para 9.122,19 ton e, mantendo-se as remessas inalteradas, o total das saídas passam para 9.004,01 ton.

Em relação à controvérsia acerca das Notas Fiscais de nºs 4.782 e 4.783 se pertenciam elas, ou não, ao exercício de 1997, constatamos que existem para cada uma dessas numerações, duas notas fiscais com série distinta. As notas fiscais com esses números e sem série que pertencem e foram emitidas em 1997, fis. 237 e 238, e outras duas notas com a mesma numeração, porém da série 4, cópias em anexo, que foram emitidas em 1998 e, nenhuma relação tem com o presente processo. Portanto as notas fiscais cujas cópias foram colacionadas aos autos, fls. 237 e 238, estão corretamente lançadas no levantamento do autuante não cabendo, pois, qualquer correção.

O custo unitário médio de entrada do DCA foi mantido o valor de R\$ 3.955,46 atribuído no levantamento das omissões, fl. 1.539, tendo em vista a variação muito grande de seu preço praticado nas operações de remessa para industrialização, como se pode constatar na planilha apensada ao processo.

Em relação ao produto Soda Cáustica, depois de analisarmos a documentação comprobatória apresentada na peça recursal, constatamos que, efetivamente, no levantamento das entradas até então revisadas, não foram consideradas as notas fiscais relacionadas às fls. 1566 e 1567, cujo total perfaz 130,98 ton. Com a adição dessas entradas, a omissão de Entradas transformaram-se em omissão de Saídas como se verifica, a seguir, no Demonstrativo de Débito. Mantivemos o preço médio pois a empresa não comercializa o insumo.

ESTOQUE INICIAL - (TON)	114,07
ENTRADAS -(TON) (1.076,69-224,94(FL.1535).13,J.LIFI.1.566)	1.432,91
ESTOQUE FINAL - (TON)	77,47
SAÍDAS REAIS – (FL. 11)	1.469,51
SAÍDAS COM NOTAS FISCAIS (TON)	1.463,31
OMISSÃO DE SAÍDAS - (TON)	6,20
PREÇO MÉDIO UNITÁRIO	429,67
BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO -(R\$)	2.663,33
ALÍQUOTA ICM S	17%

ICMS	452,77
------	--------

Com base nas alterações procedidas elaboramos um novo demonstrativo de débito, para cada alternativa.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO ACOLHENDO-SE A CORREÇÃO

DO ÍNDICE DE PUREZA DO DCA

<i>SUB TOTAL - conforme, julg. V. Instância, fl. 1.539.</i>	<i>RS 898.558,63</i>
<i>SODA CÁUSTICA -NOVA BASE DE CÁLCULO REVISADA</i>	<i>RS 2.663,33</i>
<i>D C A - NOVA BASE DE CÁLCULO REVISADA</i>	<i>RS 26.936,68</i>
<i>TOTAL DA BASE CÁLCULO</i>	<i>RS 928.158,64</i>
<i>ICMS (17%)</i>	<i>RS 1-57.786,97</i>

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO MENTENDO-SE O ÍNDICE DE

DE PUREZA DO DCA ADOTADO NA P INSTÂNCIA

<i>SUB TOTAL - conforme, julg. 1ª Instância, fl. 1.539.</i>	<i>RS 898.558,63</i>
<i>SODA CÁUSTICA -NOVA BASE DE CÁLCULO REVISADA</i>	<i>RS 2.663,33</i>
<i>D C A - NOVA BASE DE CÁLCULO REVISADA</i>	<i>RS 412.396,26</i>
<i>TOTAL DA BASE CÁLCULO</i>	<i>RS 1.338.774,94</i>
<i>ICMS (17%)</i>	<i>RS 227.591,74</i>

CONCLUSÃO

Em face do exposto, concluímos com as respostas aos quesitos propostos, às fls. 1562 e 1563, pelo autuado e determinado pelo relator:

- 1) A natureza das operações era remessa para industrialização do produto DCA, saindo da Planta "N" para a Planta "P", onde era produzido o DCPI, com o seu conseqüente retorno para a Planta "N". Apesar de somente existir essa operação, foram emitidas no período em questão, notas fiscais de transferências, conforme se verificou na documentação do autuado;*
- 2) Embora se tratar da mesma operação física, quando as notas fiscais eram emitidas de remessa para industrialização o produto saía com suspensão do imposto, e quando eram transferências, a operação era tributada normalmente;*
- 3) O transporte era feito via rodoviária através de Isotâques com capacidade máxima de 20 ton- do produto;*
- 4) O produto DCA tanto era usado para produção do DCPI, como também, era vendido para terceiros;*
- 5) A única incongruência constatada na documentação fiscal e contábil do autuado, em confronto com a operação física de remessa do DCA, foi à existência de diversas notas fiscais com volumes muito superiores à capacidade de cada batelada transportada, pois a capacidade de cada carreta (isotâque) é de 20 ton. Ou seja, essas notas devem referir-se à ajustes de volumes transportados que podem ter ensejado o cometimento de erros na totalização não foi possível identificar uma lógica plausível para inferir essa ocorrência;*
- 6) Sim, é possível identificar a existência de diversas notas fiscais de transferências, conforme se constata na relação das referidas notas, cujos CFOP estão discriminados na planilha;*
- 7) As notas fiscais, apesar de emitidas acordem com as exigências do RICMS-BA, isto é, algumas como remessas para industrialização, com a correspondente suspensão do*

imposto, e outras, como transferências com o respectivo destaque do imposto, constatamos tratarem-se da mesma operação física de remessas para industrialização com ulterior retomo para a unidade de origem;

- 8) *Em relação, apenas ao equívoco na emissão de notas fiscais de transferências, quando deveriam ser emitidas notas remessa para industrialização é possível inferir que não houve prejuízo para o erário, já que ambas foram corretamente contabilizadas e registradas.*

Com relação ao produto soda cáustica, após os ajustes procedidos, elaboramos um novo demonstrativo de débito que integra o corpo desse Parecer, cujo valor do débito que era de R\$ 9.134,20, fl. 1.536, passou para R\$ 452,77. E, quanto ao DCA, apresentamos duas alternativas tendo em vista a dificuldade de aquilatar a real quantidade de saídas do produto por remessa para industrialização. A primeira, acolhe, pela razoabilidade técnica dos argumentos do autuado, a mudança do teor médio de pureza do DCA para 97,1 %, e resulta na redução do imposto devido de R\$129.657,60 para R\$ 4.579,24. A segunda que mantém o teor de pureza adotado no julgamento anterior, e corrige, apenas, a quantidade das saídas por vendas, acarretando uma redução do imposto devido para R\$ 75.645,64”.

Após o cumprimento da diligência o PAF é encaminhado a PGE/PROFIS, que registra que tanto o autuado quanto o autuante foram devidamente intimados da realização da diligência, porém, apenas o recorrente apresenta arrazoado ressaltando a força de seus argumentos recursais, agora robustecidos pela diligência da ASTEC.

Opina pelo acatamento da revisão efetuada pela ASTEC, no sentido de considerar válido o demonstrativo que favorece a empresa autuado por entender que restou claro o seguinte:

- que houve operações de remessa para industrialização da Planta N para a Planta P;
- que o DCPI, produto obtido, é utilizado parte como matéria prima da empresa e parte é vendido a terceiros.
- conclui ter ocorrido apenas erro de escrituração em relação às operações não havendo prejuízo à Fazenda Pública.
- concordância com a diligência em relação ao índice de pureza média do DCA que é de 97,1%.
- considera a saída de DCA como sendo em total de 7.768,69.
- finalmente, concorda com as demais conclusões da revisão fiscal e opina que seja o presente Auto de Infração julgado procedente em parte para considerar devidos os valores apresentados pela ASTEC nos demonstrativos mais favoráveis à empresa.

VOTO

No que concerne ao Recurso de Ofício, observamos que no primeiro item da exigência fiscal o próprio autuante concordou com as razões de defesa excluindo integralmente os produtos monoetilileno, glicol, e diuron. Quanto aos produtos bisester e ethephon houve a aceitação parcial o que implicou na diminuição do débito inicialmente exigido.

Entendemos que relativamente aos produtos acima mencionados, não cabe nenhum reparo quanto a Decisão recorrida.

Quanto ao segundo item da exigência fiscal, utilização indevida de crédito fiscal, julgado improcedente pela 1ª JF -, a descrição constante em laudo técnico da participação do produto

Morfolina no processo de fabricação do Ethofumesato, indica que a Morfolina se constitui em produto intermediário no processo fabril.

A título de registro, observamos que - conforme consta no voto da ilustre julgadora de 1ª Instância - em autuação semelhante contra a mesma empresa, este CONSEF decidiu através de julgamento realizado pela 1ª CJF que o produto “Morfolina”, se constituía em produto intermediário no processo produtivo - Auto de Infração nº 2810760001/00-5, Acórdão 2ª JJF nº 2610/00 e Acórdão 1ªCJF nº 0133/01.

Assim, também não merece nenhum reparo, a Decisão recorrida quanto a este item.

Diante do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No respeitante ao Recurso Voluntário, preliminarmente, rejeitamos o pedido de nulidade do Auto de Infração suscitado pelo recorrente, pois consideramos atendidos os requisitos previstos no artigo 18, mais seus incisos, alíneas e parágrafos, todos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No que concerne à polêmica estabelecida para os produtos DCA e DCPI, a última diligência realizada pela ASTEC já na fase recursal esclareceu que assiste razão o recorrente quanto à produção dos mencionados produtos na Planta “N” e na Planta “P”, respectivamente.

Disse o diligente da ASTEC que em visita realizada a unidade fabril do autuado, colheu informações sobre o processo de produção do DCA e do DCPI, através de explanações de técnicos da planta em que os produtos são elaborados.

Confirmou-se, assim, que os produtos DCA e DCPI são efetivamente produzidos pelo recorrente conforme alegado. A partir dessa confirmação podemos concluir que, se o recorrente não efetuou nenhuma importação; se não fez nenhuma aquisição no mercado interno; a omissão de entrada de DCA e DCPI, produto por ela elaborado, não pode ter ocorrido concretamente, senão por um erro de escrituração.

Entendemos admissível falar-se em “omissão de entradas” nas aquisições de insumos realizadas pelo recorrente, para produção do DCA e DCPI, jamais do produto pronto, fabricado pela própria empresa.

No que diz respeito ao mérito pensamos como o Ilustre Julgador Dr. José Bezerra Lima Irmão, quando afirma no seu voto discordante no julgamento de 1ª Instância que: *“...se não há entradas, se os itens em apreço são produzidos pela própria empresa, fica fora de cogitação a existência de ‘omissões de entradas’”, havendo, ao que tudo indica, mero erro de controle de produção, erro de natureza puramente escritural”*.

Assim, quanto aos produtos DCA e DCPI, somos pela improcedência da exigência fiscal.

Ressalvamos que não somos pela nulidade, pois consideramos que é possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, elementos necessários para validação da autuação. A nossa discordância quanto à autuação, reporta-se ao mérito, pelas razões acima expostas.

Quanto ao procedimento adotado pelo recorrente, de emissão de nota fiscal com 5 ou 10 ton. para o isotanque e posterior emissão de nota fiscal complementar – o que certamente gerou todas essas dúvidas e a conseqüente autuação - sugerimos que o recorrente solicite regime especial junto a Administração Fazendária, no qual serão indicados os procedimentos e mecanismos de controle para as operações realizadas.

No que concerne ao produto Soda Cáustica, o diligente da ASTEC após analisar a documentação comprobatória apresentada na peça recursal, constatou que no levantamento das entradas até

então revisadas, não foram consideradas as notas fiscais relacionadas às fls. 1566 e 1567, cujo total perfaz 130,98 ton. Com a adição dessas entradas, a omissão de entradas transformou-se em omissão de Saídas, conforme se verifica no Demonstrativo de Débito abaixo:

ESTOQUE INICIAL - (TON)	114,07
ENTRADAS -(TON) (1.076,69-224,94(FI.1535).13,J.LIFI.1.566)	1.432,91
ESTOQUE FINAL - (TON)	77,47
SAÍDAS REAIS – (FL. 11)	1.469,51
SAÍDAS COM NOTAS FISCAIS (TON)	1.463,31
OMISSÃO DE SAÍDAS - (TON)	6,20
PREÇO MÉDIO UNITÁRIO	429,67
BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO -(R\$)	2.663,33
ALÍQUOTA ICM S	17%
ICMS	452,77

Diante do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para excluir da exigência fiscal relativa ao primeiro item da autuação os produtos DCA e DCPI e acatar o resultado da diligência realizada pela ASTEC, que alterou o valor da autuação relativa ao produto Soda Cáustica.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271148.0009/02-4, lavrado contra **GRIFFIN BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.431,46**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/98 e dos acréscimos moratórios, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 3 de junho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

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