

A. I. N° - 269194.0022/06-3
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 18. 12 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0380-04/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. MATERIAL DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo ao material de uso e consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** REFERENTE AO MÊS 01/2004. Infração comprovada. **b)** REFERENTE AOS MESES 06 e 08/2004. Infração acatada. 3. DIFERIMENTO. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS SUBSTITUIDO NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 4. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infração reconhecida. 5. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada. 6. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração mantida. 7. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença nas quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. 8. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA SAÍDA DAS MERCADORIAS PARA O EXTERIOR. Infração parcialmente elidida. Vencido voto do Relator quanto à infração 8. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 17/04/2006, exige ICMS no valor de R\$ 1.268.663,51, em decorrência das seguintes irregularidades:

- 1 - Utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de materiais de uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 19.260,84.
- 2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Referente ao mês de janeiro/2004. ICMS de R\$ 12.900,05.
- 3 - Recolhimento a menos do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido oriundo de operações de aquisição de utilidades de outro estabelecimento da BRASKEM sujeita ao diferimento com encerramento na entrada do estabelecimento da autuada. Valor R\$ 31.086,72.

4 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Referente aos meses de junho e agosto/2004. ICMS de R\$ 7.624,21.

5 - Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 10.000,00, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

6 - Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. ICMS de R\$ 2.991,42.

7 - Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. ICMS de R\$ 214.201,52 e multa de 60%.

8 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS de R\$ 406.147,76 e multa de 70%.

9 - Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de importação. As notas fiscais de saídas para exportação emitidas pela autuada não possuem comprovação da efetiva saída nos arquivos da Receita Federal. Valor R\$ 564.450,99.

A empresa autuada, através de advogado, impugna o lançamento fiscal, fls. 69 a 124, inicialmente reconhecendo a procedência da autuação fiscal, no que tange às infrações 04 e 05, pelo que já está providenciando o recolhimento do imposto exigido nas infrações. Combate as demais infrações que lhe foram imputadas, com base nos seguintes argumentos:

Infrações 01 e 02. Salienta que em virtude da íntima relação entre os dois itens, serão apreciados simultaneamente.

Considera que os bens os quais o autuante promoveu a glosa dos créditos possuem naturezas distintas, já que alguns deles são produtos intermediários, outros são materiais de embalagem e outros sequer foram utilizados pelo impugnante. Assim, passará a elucidar separadamente as razões que fundamentam o direito ao crédito.

a) Materiais de embalagem: Sacos plásticos utilizados para armazenar amostras das resinas de PVC submetidas a análises laboratoriais.

Diz que tendo em vista que o setor de laboratório consiste em uma extensão do processo produtivo da empresa, na medida em que promove o controle da qualidade dos seus produtos, a exclusão das análises das amostras de resinas de PVC, as quais são necessariamente embaladas em sacos plásticos, tornaria inviável o processo industrial, impossibilitando o controle e a apuração da compatibilidade e dos padrões de qualidade, sendo assim, é indubitável que os materiais utilizados em laboratório são indispensáveis ao processo produtivo, por isso, devem gerar direito a crédito do ICMS. Cita o Acórdão CJF nº 0705/99 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal para reforçar seu entendimento.

b) Produtos Intermediários: Carbonato de Sódio.

Explica que o Carbonato de Sódio é uma substância sólida que, após passar por processo de liquefação, é utilizada para elevar o PH da resina de PVC ao seu nível ideal, conforme evidencia o doc. 03, em anexo. Aduz que o MVC (insumo do PVC), por ser um produto de elevada acidez acaba por reduzir demais o PH do PVC, o que a princípio, inviabilizaria a utilização de tal produto para a finalidade a que se destina. Desse modo, para que o PVC possa desempenhar suas funções normais, faz-se necessária a aplicação direta do carbonato de sódio na sua produção para que o seu PH atinja o nível ideal.

Entende que restou claro que o carbonato de sódio é produto intermediário, garantindo assim, o direito ao crédito do ICMS. Ressalta que a exigência de o bem ser indispensável à fabricação do produto não pressupõe que tal deva compor o mesmo, uma vez que não se trata de matéria

prima. O que se exige é que esse bem tenha aplicação tal no processo produtivo que, sem ele, o produto final não possa ser obtido ou ficará adversamente afetado. Desta forma, afirma que o ICMS incidente sobre o carbonato de sódio e a calcita britada, aplicados na produção de PVC pode ser creditado.

c) Polietileno de baixa densidade.

Assevera que o produto recebido em transferência do Rio Grande do Sul não foi sequer consumido, mas sim foi transferido para outra unidade da impugnante – unidade de cloro-soda-antiga Trikem S/A, também situada em Camaçari. Informa que tal alegação pode ser comprovada através das notas fiscais nº 012270 e 012285, através das quais foi formalizada a saída do produto do RS (doc. 04 e 05), com aquelas dispostas na nota fiscal nº 020420 (doc. 06) que acobertou a saída do produto do estabelecimento da impugnante para a unidade cloro-soda, não havendo que se falar em uso ou consumo por parte da impugnante.

Destaca que como a transferência do produto ocorreu entre unidades situadas no próprio estado da Bahia, a impugnante recolheu a este estado o ICMS efetivamente devido na saída, aplicando sobre o valor da operação, a alíquota de 17%, afastando assim, a exigência do diferencial de alíquota.

Infração 03. Esclarece que lançou corretamente no seu Sistema todos os dados referentes à nota fiscal nº 244753 que acobertou a aquisição de vapor, entretanto, por um erro operacional do Sistema, o imposto diferido correspondente à nota não foi calculado, ficando zerado o campo referente ao valor do ICMS e que implicou da diferença apurada pelo autuante.

Aduz que tal equívoco em nada comprometeu a arrecadação do montante efetivamente devido à Fazenda Estadual, uma vez que o produto cuja aquisição foi acobertada pela nota fiscal nº 244.753, gera direito a crédito do imposto e tal crédito não foi apropriado pela empresa. Em seguida, transcreve os artigos 343 e 348 do RICMS/BA e a portaria 460/84 para fundamentar o seu argumento.

Salienta que existindo o direito ao crédito, o mais correto seria que o autuante, após calcular o ICMS diferido que deixou de ser recolhido, abatesse do imposto a recolher, o crédito fiscal que deixou de ser apropriado.

Infração 06. Assevera que ao analisar o demonstrativo da infração, constatou que o autuante incorreu em evidente equívoco ao exigir a diferença de ICMS no montante de R\$ 2.496,00, originada pela DI nº 400013350.

Explica que o suposto débito não decorreu da não inclusão de despesas aduaneiras na base de cálculo, tampouco da utilização incorreta da taxa cambial, mas sim, de um erro cometido pela própria fiscalização quando da realização do cálculo por dentro do imposto. Isto porque, a despeito de restar apontado no demonstrativo a carga tributária incidente sobre a operação de 8,8%, ao apurar a base de cálculo, a fiscalização incluiu na mesma o imposto de 17% e não de 8,8%.

Continua sua defesa afirmando que caso o preposto fiscal tivesse aplicado a alíquota correta sobre a base de cálculo, o ICMS devido seria de R\$ 25.303,47. Confrontando o ICMS devido (R\$ 25.307,33), com aquele recolhido pelo impugnante (R\$ 25.307,33), constata-se que não houve qualquer recolhimento a menor. Considerando que a quase totalidade do imposto exigido refere-se à DI nº 400013350, deixa de contestar a diferença exigida com relação às demais DIs, em face do seu baixo valor.

Infração 07. Ressalta que ao conferir isenção às operações de remessa de mercadorias à ZFM, o legislador condicionou o gozo do benefício à mera comprovação de entrada das mercadorias na área beneficiada, sem que, em nenhum momento, estabelece a forma pela qual a referida prova deva ser feita.

Diz que o RICMS/BA, em seu art. 597, em atenção aos ditames do Convênio ICMS nº 36/97, passou a estipular obrigações acessórias a serem cumpridas por aqueles que destinam produtos à ZFM ao amparo da regra isentiva capitulada no art. 29 daquele regulamento. Dentre as obrigações determina que o transportador das mercadorias proceda ao internamento das mesmas junto à SUFRAMA, mediante o envio dos dados referentes aos documentos que acobertaram a operação.

Salienta que a despeito da falta de cumprimento da obrigação acessória acima transcrita, o produto vendido pela impugnante ingressou na ZFM, pelo que faz jus ao benefício da isenção do ICMS. Para comprovar as operações, colaciona a presente peça impugnatória toda a documentação que

demonstra que as mercadorias entraram fisicamente no estabelecimento do destinatário na ZFM, sendo que o inciso III do art. 29 do RICMS/BA não determina o modo pelo qual a prova de que o estabelecimento destinatário das mercadorias está situado na zona incentivada deverá ser feita. Em seguida, transcreve entendimentos externados pelo CONSEF para respaldar o seu entendimento e afirma que na qualidade de remetente das mercadorias, não pode ser penalizado pela falta de comprovação que compete ao transportador, sob pena de afronta ao princípio da pessoalidade da pena.

Infração 08. Argumenta que o autuante deixou de considerar, no seu levantamento quantitativo de estoque, as perdas normais e as incertezas de medição sofridas pelo MVC desde a sua produção até a sua saída posterior que, se tivessem sido computadas, reduziriam a diferença de estoque apurada no exercício de 2004.

Explica que a empresa produz o MVC no seu estabelecimento fabril, o qual além de ser utilizado para consumo próprio na produção do PVC, é remetido em transferência para suas unidades fabris de Alagoas e São Paulo. Aduz que o MVC transferido para São Paulo é previamente remetido para armazenagem no TEGAL, armazém geral situado no Porto de Aratu. Acontece que nem todo MVC colocado nos caminhões ingressa na esfera de armazenagem do TEGAL, seja por diferenças ocorridas entre a medição que é feita no momento da expedição e a medição que é feita na chegada do TEGAL, seja porque parte do produto permanece nos fundos do caminhão como resíduo.

Afirma que essas diferenças são devidamente calculadas pelo TEGAL que ao receber o caminhão contendo a carga, efetua nova medição e encaminha para o impugnante relatório em que são apontadas as referidas diferenças. Dessa forma, apresenta relatório recentemente encaminhado pelo TEGAL, relativo ao recebimento de carretas ocorridas no dia 18/05/2006(doc. 30).

Alega que embora não mais tenha em seus arquivos os relatórios recebidos de 2004, adotando como parâmetro o documento acima referido, pode-se admitir como percentual normal de perda ou diferença de medição, até 1% das quantidades transportadas. Assim, pugna para que seja abatida da diferença de estoque apontada, de forma conservadora, a quantidade de 0,50% do MVC que é remetido para armazenagem no TEGAL e considerando que em 2004 foram remetidas 23.834,39 Ton. de MVC para o TEGAL, deve ser abatida da diferença apurada 119,17 toneladas.

Acrescenta que no carregamento do produto no navio também ocorrem diferenças que se não consideradas podem ser interpretadas como omissão de saídas, razão pela qual o fisco deve abater da diferença do estoque apurada 0,5% das quantidades embarcadas no ano de 2004. Nesse contexto, aplicando-se o percentual de 0,5% sobre as 24.381,46 toneladas de MVC remetidos via transporte marítimo, obtém-se a quantidade de 121,91 ton., as quais devem ser abatidas da diferença de estoque. Aduz que devem também ser abatido 0,5% sobre as 1.497,22 ton. Remetidas para Alagoas via transporte terrestre, o que representa 7,48 ton de MVC.

Por fim, informa que os estoques registrados no Livro de Inventário em 31/12/2003 e 31/12/2004, os quais resultam da medição dos tanques de armazenagem do produto também podem sofrer uma variação de 0,5% pelos mesmos motivos. Conclui que se ajustando o levantamento de estoque efetuado pela fiscalização às situações relatadas, a diferença apurada passa de 1.399,33 toneladas para 1.087,60 toneladas, sendo que está providenciando o recolhimento do ICMS correspondente à diferença remanescente.

Infração 09. Informa que de fato enfrentou grande dificuldade em localizar em seus arquivos os documentos hábeis a comprovar a efetiva exportação. Tendo finalmente localizado a documentação e com o intuito de afastar a acusação fiscal, passa a prestar os esclarecimentos necessários.

Aduz que é imprescindível esclarecer que uma mesma fatura comercial ou “invoice” está relacionada com mais de uma nota fiscal de saída do estabelecimento, isto porque as mercadorias transportadas até o porto foram embarcadas através de rodovias, em caminhões cuja capacidade máxima era 26 ton. Sendo que as faturas contemplavam uma quantidade do produto muito superior a esta, conseqüentemente foram emitidas notas fiscais de remessa para o exterior de acordo com a quantidade de caminhões que foram necessários para transportar a mercadoria solicitada pelo destinatário.

Faz uma análise das notas fiscais ora colacionadas na defesa e listadas no anexo da infração, observando que todas elas fazem menção a uma determinada Fatura Comercial ou “Commercial Invoice” no campo da nota reservado para “dados adicionais”. Em seguida afirma que ao contrário do capitulado na infração, todas as notas fiscais de exportação têm comprovação da efetiva saída do país, através dos Registros de Exportação, conforme provam os documentos de nº 35 a 52. Assim, diante dos documentos apresentados e dos esclarecimentos prestados, não há o que se falar em falta de comprovação das saídas das mercadorias do país.

Por fim, requer seja julgado o Auto de Infração parcialmente improcedente, bem como a realização de diligências fiscais para constatação dos fatos alegados.

O autuante presta a informação fiscal, de fls. 327 a 337, nos seguintes termos:

Infração 01 – Justifica separadamente os motivos que ocasionariam a glosa dos créditos fiscais referentes às aquisições de materiais de uso e consumo do impugnante:

- a) Recipientes usados para conter amostras para serem analisadas em laboratório. Entende que as análises de laboratório e os materiais que dão suporte à sua realização não tem vínculo direto com o processo produtivo.
- b) Carbonato de Sódio e Calcita Britada. Relata que em reunião realizada na empresa, foi informado que a função desempenhada por esses dois materiais no processo produtivo era o seguinte: Carbonato de sódio – usado para proteção mecânica de trocadores de calor quando em manutenção. Calcita Britada – Retirar ácido clorídrico da corrente orgânica que vai para as canaletas da planta industrial. Assim, interpreta que ambos os materiais não possibilitam o uso do crédito fiscal, já que são usados em paradas industriais e para regular PH de corrente direcionada para tratamento de efluente.
- c) Quanto aos outros materiais constantes da infração, informa que não houve pronunciamento do autuado, aceitando a procedência tácita da autuação quanto aos mesmos.

Infração 02 - Ressalta que o polietileno de baixa densidade é um material de uso e consumo, visto que é usado para conter amostras destinadas a análises laboratoriais.

Diz que o regulamento do ICMS/BA não prevê a aquisição interestadual de material de uso e consumo e posterior transferência para a filial com dispensa do pagamento do diferencial de alíquota. Conclui que a autuada além de não poder se utilizar do crédito fiscal, deveria ter pago o diferencial de alíquota.

Infração 03 – Salienta que é uma obrigatoriedade proceder ao débito devido justamente para satisfazer as prescrições descritas no art. 343 e 348 do RICMS/BA. Esclarece que a despeito de reconhecer o acerto da exigibilidade do débito do imposto quando do encerramento do diferimento, a impugnante estaria propondo que houvesse uma compensação entre débito e crédito, sistema que não é previsto no regulamento do ICMS/BA, cabendo a autuada recolher a diferença do imposto diferido, e através dos meios permitidos buscar reconhecimento a que faria jus a partir daí.

Infração 06 – Reconhece que houve equívoco quando da formação da base de cálculo que gerou um crédito indevido, por isso acata o argumento defensivo e apresenta um total de débito para a infração de R\$ 495,42, referente às outras DI's. Explica que esse valor já havia sido reconhecido pelo contribuinte e quitado através de certificado de crédito.

Infração 07 – Assevera que não há como se ter certeza de que os documentos acostados ao PAF correspondem ao que ocorreu efetivamente, não podendo ser confirmadas suas legitimidades.

Aduz que a comprovação de internamento da mercadoria enviada à ZFM serve para que um órgão oficial tenha o controle sobre as efetivas entradas de mercadorias nesta zona e de se ter certeza que o benefício da isenção esteja sendo gozado consoante às exigências que lhe são inerentes. Complementa afirmando que o art. 597 do RICMS/BA é bastante elucidativo quando atribui ao remetente da mercadoria e não somente ao transportador a responsabilidade pela informação à SUFRAMA.

Infração 08 – Aduz que o argumento defensivo não pode prosperar visto que os possíveis erros de medição podem realmente existir, porém, eles acontecem para mais ou para menos, ou seja, tanto

podem existir carregamentos de caminhões com destino a Alagoas ou São Paulo com um pouco mais de produto do que consta no documento fiscal ou com um pouco menos.

Quanto à alegação de perda nos caminhões tanques que transportam o MVC para o TEGAL, também não procede, pois é difícil imaginar que uma carreta que transporta 25 toneladas de produto, 1%, ou seja 250 kg fiquem contidos em seu interior. Mesmo que esse fato ocorresse, a autuada já deveria ter corrigido previamente, adicionando essa quantidade ao caminhão para corrigir a distorção e impedir que os próprios clientes viessem a se queixar de recebimento a menor do produto.

Infração 09 – Salaria que inobstante a autuada ter anexado para as diversas notas fiscais relacionadas na planilha documentos possivelmente a elas relacionados, não há nenhuma garantia de que essas mercadorias acobertadas pelas notas fiscais foram efetivamente exportadas.

Acrescenta que não consta no sistema da Receita Federal todos os registros de exportação (RE) dentre os apontados pela autuada ou quando foi encontrado, as notas fiscais referentes não conferem com as que tenta vincular a autuada. São os seguintes documentos não acatados:

- Notas fiscais 23.562 a 23.573 que não foram encontradas nos arquivos da Receita Federal.
- Nota fiscal 27.431 foi encontrado nos arquivos da RF, entretanto, contempla uma quantidade exportada de 182 ton., diferente das 26 ton. Existente na nota em questão. Além disso, esse RE está relacionado as notas fiscais nº 24.272, 24.310, 24.334, 24.342, 24.346, 24.419 e 24.449 e não a nota em epígrafe, portanto não procede a justificativa da autuada.

Ao final, solicita o julgamento procedente em parte do respectivo Auto de Infração.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª junta de Julgamento Fiscal decidido convertê-lo em diligência à ASTEC, para que fossem atendidas as seguintes solicitações:

Infração 01. Realizar diligência no estabelecimento autuado e descrever qual a função dos produtos CARBONATO DE SÓDIO e CALCITA BRITADA no processo produtivo da empresa.

Infrações 09. Analisar os documentos nº 35 a 52 acostados à peça defensiva e confirmar se os mesmos comprovam a efetiva exportação dos produtos constates das notas fiscais nº 23.562, 23.573 e 27.431. Caso necessário, elaborar demonstrativo de débito dos valores remanescentes.

Às pgs. 35 a 378, o contribuinte se manifesta acerca da informação prestada pelo Auditor fiscal, concordando parcialmente com as infrações 06 e 08. Em relação às demais infrações, reitera os argumentos apresentados em sua peça defensiva.

Em cumprimento à diligência solicitada, a ASTEC emite parecer nº 0171/2006, concluindo o seguinte:

Infração 01. Quanto aos produtos Carbonato de Sódio e Calcita Britada, após analisar junto à empresa como se processa a produção e qual a utilização desses produtos entendeu que os mesmos são utilizados para proteger os equipamentos nos quais são realizados a produção da empresa, da corrosão causada pelos ácidos que se formam no processo de industrialização.

Infração 09. Diz que ficaram constatadas as exportações das notas fiscais nº 23.562 a 23.573, excluindo, assim, o ICMS no valor de R\$144.859,91, permanecendo o ICMS no valor de R\$ 11.826,59 relativo à nota fiscal 27.431 decorrente da falta de comprovação das exportações.

Em comunicado à Auditora Fiscal diligente, pgs. 403 a 408, a empresa autuada apresenta declaração contendo a descrição do Carbonato de Sódio e da Calcita Britada no seu processo produtivo, elaborada com base em informações prestadas pelos funcionários responsáveis pela produção, bem como descreve os motivos pelos quais os RE referentes às notas fiscais nº 23562, 23757 e 27431 não teriam sido encontrados nos arquivos eletrônicos da SRF.

Às fls. 431 a 433 do PAF, o contribuinte requer a emissão de DAE, nos termos da Lei Estadual nº 10.328/2006, para pagamento parcial da infração 01 e integral da infração 03. Em nova manifestação, pgs. 445 a 448, o impugnante concorda com os termos do parecer ASTEC nº 0171/2006 relativo à

infração 09 e informa que já está providenciando o recolhimento do débito fiscal com base na Lei Estadual supracitada.

VOTO (VENCIDO QUANTO À INFRAÇÃO 8.)

Inicialmente, ressalto que o autuado reconheceu integralmente as infrações: 03, 04 e 05, portanto, não existe lide em relação às mesmas, razão pela qual devem ser mantidas na autuação.

No tocante às infrações 01 e 02, saliento que serão analisadas em conjunto, tendo em vista que foram estruturadas dessa forma na peça defensiva, uma vez que uma infração é consequência direta da outra.

Entendendo que a glosa dos créditos apropriados possuem natureza distintas, o autuado dividiu a infração 01 em três tópicos: materiais de embalagens, produtos intermediários e produto transferido integralmente para a unidade de cloro-soda(antiga Trikem S/A). Em relação aos dois primeiros tópicos, desiste da impugnação no âmbito administrativo, reconhecendo a procedência da autuação, com base no benefício da Lei 10.328 de 06/09/2006.

Quanto à infração ocorrida no mês 01/2004, referente às notas fiscais nº 12.270 e 12.285, que acobertaram o ingresso do produto “Polietileno de Baixa Densidade” proveniente de sua filial no Rio Grande do Sul, argumenta que é produto intermediário e não foi sequer consumido pela empresa, mas sim, transferido para outra unidade da empresa, situada em Camaçari.

O entendimento dominante nas diversas decisões prolatadas pelo Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), órgão de julgamento administrativo tributário do Estado da Bahia, é no sentido de que produtos intermediários são materiais que se inutilizam no processo de industrialização, exigindo a sua renovação ao cabo de cada participação no processo produtivo, mesmo que não se integrem fisicamente ao produto acabado, exceto seus resíduos, de modo indesejado. Ou seja, para uma mercadoria ser definida como insumo ou produto intermediário, gerando o direito ao crédito fiscal, exige-se que, a sua integração ao produto final como elemento indispensável à sua composição ou, não havendo a integração, seja consumida, inutilizada, gasta ou destruída no processo produtivo, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo produtivo. Neste caso, considero que o Polietileno de Baixa Densidade não tem vínculo direto com o processo produtivo, portanto, é um material de uso e consumo.

Saliento que, de acordo com o previsto no artigo 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, somente será admitido o crédito fiscal correspondente às aquisições de materiais de uso e consumo a partir de 01/01/07.

Em relação ao argumento de que o Polietileno de Baixa Densidade não foi sequer consumido pela empresa, mas sim, transferido para outra unidade da empresa, entendo que não pode ser acolhido, uma vez que são operações distintas, ou seja, ao adquirir o produto de sua filial no Rio Grande do Sul, a empresa deveria recolher a diferença de alíquotas, de acordo com o art. 5º, inciso I do RICMS/BA e no caso de transferência do produto para estabelecimento filial neste estado a operação é tributada normalmente, por se tratar de estabelecimentos autônomos. Assim, concluo que as infrações 01 e 02 devem ser mantidas.

Infração 06. O contribuinte constatou que o autuante incorreu em evidente equívoco ao exigir a diferença de ICMS no montante de R\$ 2.496,00, originada pela DI nº 400013350, vez que o erro foi cometido pela própria fiscalização quando da realização do cálculo por dentro do imposto.

Em sua informação fiscal, o autuante reconhece o equívoco e acata o argumento defensivo, apresentando um novo valor de débito para a infração de R\$ 495,42, referente às outras DIs. O impugnante admite o novo valor apurado e efetua a quitação através de certificado de crédito, conforme documentos anexos às fls. 58 e 59 dos autos.

Infração 07. Reclama a falta do recolhimento do ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA.

O autuado não nega que as notas fiscais questionadas não foram visadas perante o SUFRAMA, porém entende que o fato de não ter atendido às disposições do Convênio ICMS nº 36/97, na sua plenitude, não implica em imputar ao autuado o pagamento de imposto, sem ao menos verificar, por outros meios de prova, a venda das mercadorias para Zona Franca de Manaus. Anexou aos autos na tentativa de elidir a infração: cópias das respectivas notas fiscais, dos livros de entradas das empresas destinatárias, depósitos bancários, declarações assinadas por representantes das empresas.

O Convênio ICMS nº 36/97 e o art.597, do RICMS/97 estabelecem que a formalidade própria para comprovação da entrada das mercadorias na Zona de Livre Comércio é a declaração do SUFRAMA. Portanto, os documentos anexados pelo autuado não são os instrumentos aos quais a lei atribua capacidade probatória, a ponto de desonerar da cobrança do imposto.

Acompanho o entendimento da decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, no acórdão CJF nº 0009-11/05, de 25/01/2005, que decidiu que a declaração da SUFRAMA é o único documento hábil para comprovar o internamento da mercadoria na Zona Franca de Manaus e demais áreas incentivadas.

Dessa forma, como a exigência contida nos dispositivos legais acima citados não foi cumprida, o imposto em lide, deve ser exigido com base no que dispõe o art. 11, parágrafo único, do RICMS/97, que abaixo transcrevo:

Art. 11. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

Infração 08. Esta infração exige o ICMS em função da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

O sujeito passivo concorda parcialmente com o levantamento quantitativo do estoque elaborado pelo autuante, entretanto, alega que deixou de se considerar as perdas normais e as incertezas de medição sofridas pelo produto “MVC” durante o transporte e armazenagem, desde sua produção até a sua saída posterior. Reconhece uma diferença de estoque de 1.087,60 toneladas e requer a exclusão de 311,73 toneladas do produto que corresponde a 0,5% das saídas omitidas.

Neste caso, concordo com o autuante visto que as possíveis diferenças de medição podem acontecer para mais ou para menos. Ademais, o recorrente não comprovou nos autos a efetiva ocorrência de tais perdas e não apresentou laudo técnico que pudesse respaldar a sua alegação, à luz do que preceitua o art. 141, do RPAF/99.

A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Logo, entendo que a infração deve ser mantida.

Infração 09. O autuado apresenta, em sua peça defensiva, diversas notas fiscais de exportação afirmando comprovar a efetiva saída das mercadorias do país, através dos Registros de Exportação, conforme de nº 35 a 52.

Na informação fiscal, o autuante acata parcialmente a defesa e afirma que não há nenhuma garantia de que essas mercadorias acobertadas pelas notas fiscais foram efetivamente exportadas. Não reconhece os documentos nº 23.562, 23.573 e 27.431 uma vez que não foram encontrados nos arquivos da Receita Federal.

O processo foi submetido à diligência fiscal e em resposta a ASTEC emitiu o parecer nº 0171/2006 concluindo que ficaram constatadas as exportações das notas fiscais nº 23.562 a 23.573, excluindo, assim, o ICMS no valor de R\$144.859,91, permanecendo o ICMS no valor de R\$ 11.826,59 relativo à nota fiscal 27.431 decorrente da falta de comprovação das exportações.

Em nova manifestação, pgs. 445 a 448, o impugnante concorda com os termos do parecer ASTEC e informa que já está providenciando o recolhimento do débito fiscal com base na Lei Estadual nº 10.328 de 06/09/2006. Assim, a infração restou caracterizada no valor de R\$ 11.826,59.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já efetivamente recolhidos, conforme abaixo:

Infração	Valor (R\$)
01	19.260,84
02	12.900,05
03	31.086,72
04	7.624,21
05	10.000,00
06	495,42
07	214.201,52
08	406.147,76
09	11.826,59
TOTAL	713.543,11

VOTO VENCEDOR (INFRAÇÃO 8).

No mérito, na infração 08, está sendo cobrado o ICMS, em decorrência de constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2004.

O levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

No caso presente, a constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante esta Auditoria de Estoques, constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

O contribuinte, em sua peça de defesa, alegou que o autuante ao efetuar o levantamento, deixou de considerar as perdas normais e as incertezas de medição sofridas pelo MVC desde a sua produção até a sua saída posterior que, se tivessem sido computadas, reduziriam a diferença de estoque apurada no exercício de 2004.

A defendente explicou que a empresa produz o MVC no seu estabelecimento fabril, o qual além de ser utilizado para consumo próprio na produção do PVC, é remetido em transferência para suas unidades fabris de Alagoas e São Paulo. Aduziu ainda que o MVC transferido para São Paulo é previamente remetido para armazenagem no TEGAL, armazém geral situado no Porto de Aratu.

Diante de todo esse procedimento, a defesa esclareceu que nem todo MVC colocado nos caminhões ingressa na esfera de armazenagem do TEGAL, seja por diferenças ocorridas entre a medição que é

feita no momento da expedição e a medição que é feita na chegada do TEGAL, seja porque parte do produto permanece nos fundos do caminhão como resíduo.

Afirmou que essas diferenças são devidamente calculadas pelo TEGAL que ao receber o caminhão contendo a carga, efetua nova medição e encaminha, para o impugnante, relatório em que são apontadas as referidas diferenças.

Acrescentou que no carregamento do produto no navio também ocorrem diferenças que se não consideradas podem ser interpretadas como omissão de saídas, razão pela qual o fisco deve abater da diferença do estoque apurada 0,5% das quantidades embarcadas no ano de 2004. Nesse contexto, aplicando-se o percentual de 0,5% sobre as 24.381,46 toneladas de MVC remetidos via transporte marítimo, obtém-se a quantidade de 121,91 ton., as quais devem ser abatidas da diferença de estoque. Aduz que devem também ser abatido 0,5% sobre as 1.497,22 ton. Remetidas para Alagoas via transporte terrestre, o que representa 7,48 ton de MVC.

Por fim, informa que os estoques registrados no Livro de Inventário em 31/12/2003 e 31/12/2004, os quais resultam da medição dos tanques de armazenagem do produto também podem sofrer uma variação de 0,5% pelos mesmos motivos. Conclui que se ajustando o levantamento de estoque efetuado pela fiscalização às situações relatadas, a diferença apurada passa de 1.399,33 toneladas para 1.087,60 toneladas, sendo que está providenciando o recolhimento do ICMS correspondente à diferença remanescente.

Diante das explicações acima transcritas, concordo com as razões da defesa, que inclusive apresenta relatório recentemente encaminhado pelo TEGAL, relativo ao recebimento de carretas ocorridas no dia 18/05/2006(doc. 30), e admito como percentual normal de perda ou diferença de medição, a quantidade de 0,50% do MVC que é remetido para armazenagem no TEGAL, além das outras perdas até o destino final, pois toda medição é sujeita a incertezas, existindo diferenças de medição ou de perda em toda a movimentação de um produto.

Portanto entendo razoável a aplicação do percentual de 0,5% sobre as saídas em transferência (129,39 ton), 05%, de perdas nas remessas para o Tegal (119,17 ton) , ajustando-se ainda o estoque inicial (42,25 ton) e o estoque final do produto (20,92 ton), o que resulta numa quantidade de 311,73 toneladas.

Esta quantidade de 311,73 toneladas equivale ao percentual de 0,13%, da produção total anual. A diferença de estoque remanescente é de 1.087, 60 toneladas, ao preço unitário de R\$ 1.707,32 que perfaz o valor de base de cálculo de R\$ 1.856.881,23 e ICMS de R\$ 315.669,81 (alíquota de 17%).

Pelo exposto entendo que o valor do ICMS a ser exigido fica reduzido para R\$ 315.669,81, haja vista que devem ser consideradas as perdas normais que sofre o produto na fase de sua produção até o destino final, quando passa pelas fases de transporte rodoviário, armazenagem no Tegal, transporte via tubovias e finalmente o transporte marítimo. Infração parcialmente mantida.

VOTO DISCORDANTE (INFRAÇÃO 7).

Concordo com a procedência da autuação (infração 07), haja vista que a empresa autuada não comprovou, efetivamente, o ingresso das mercadorias na Zona Franca de Manaus.

Contudo, permissa vênia gostaria de acrescentar ao meu voto a decisão prolatada na 1ª Câmara de julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 0185-11/05, no qual o ilustre Relator Sr. Ciro Roberto Seifert, em decisão unânime, entendeu que além da comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, a Secretaria de Fazenda do Amazonas, tem a competência para emitir o documento VALIDAÇÃO DE NOTAS FISCAIS, documento este hábil para comprovar a regularidade do ingresso da mercadoria na área incentivada.

Segue abaixo a transcrição parcial do supra citado Acórdão:

As Cláusulas segunda e terceira do Convênio ICMS Nº 37/97, exigem que sejam cumpridas as disposições firmadas no Convênio ICMS Nº 36/97, portanto, fica claro que todas as operações

beneficiadas com a isenção prevista no art. 29, do RICMS/97, devem seguir as regras deste último, para efeito de comprovação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas, com a formalização do internamento.

Pois bem, o Convênio ICMS Nº 36/97, dentre outras, prevê, na sua Cláusula terceira, a regra de que a constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas será feita mediante a realização de sua vistoria física pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM, de forma simultânea ou separadamente, e o seu § 4º que a SUFRAMA disponibilizará, via Internet, por meio de Declaração, a constatação referida no “caput”.

Ora, o documento apresentado pelo recorrente, intitulado de VALIDAÇÃO DE NOTAS FISCAIS, é fornecido pela Secretaria de Estado da Fazenda do Amazonas, cuja autenticidade foi confirmada por preposto daquela unidade.

É bem verdade que o § 4º da Cláusula terceira do Convênio ICMS Nº 36/97, não contempla este documento como suficiente para a constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas, mas penso que a interpretação deste dispositivo não deve ser restritiva, mas sistemática.

É que, considerando que a Cláusula terceira define de que forma se dará a constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas, fixando competência tanto para a SUFRAMA como para a SEFAZ/AM para realizar a correspondente vistoria física, fica claro que o seu § 4º, mesmo determinando que a primeira disponibilize, via Internet, a Declaração necessária, sem o fazê-lo com a segunda, em existindo tal Declaração no site da SEFAZ/AM, que no caso foi denominado como VALIDAÇÃO DE NOTAS FISCAIS, esta deve ser aceita como comprovante do ingresso das mercadorias nas áreas incentivadas.

Assim, o terceiro item do Auto de Infração deve ser reduzido para o valor apontado pelo diligente da ASTEC.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269194.0022/06-3**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$623.065,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$307.395,35 e de 70% sobre R\$315.669,81, previstas no art. 42, II, “a”, “b”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2006

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR/VOTO VENCIDO QUANTO À INFRAÇÃO 8.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR – INFRAÇÃO 8.
DISCORDANTE QUANTO À INFRAÇÃO 7.