

A. I. Nº - 108880.0202/07-3
AUTUADO - POLYFORM TERMOPLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0198-01/08

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. a) RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. O uso do benefício está vinculado ao produto objeto do projeto incentivado. Infração comprovada. b) IMPORTAÇÃO. MATÉRIA-PRIMA COMERCIALIZADA SEM PASSAR POR PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento do ICMS sobre a entrada de mercadoria ou importada do exterior, cujo benefício esteja condicionado à sua industrialização antes da comercialização. A comprovação de que uma parte das importações tinha sido efetivada pela unidade estabelecida em outro Estado, reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. 2. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentação acostada pela defesa possibilita redução do valor do débito apurado. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 3.984.490,63, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 2.221.668,68. Consta que o contribuinte, sendo beneficiário do Desenvolve, recolheu a menos o ICMS normal, em decorrência de erro na apuração dos valores, por ter incluído diferença de alíquota no cálculo do imposto, bem como por ter revendido matérias-primas adquiridas para utilização no processo produtivo. A matéria-prima caprolactama sólida é adquirida da empresa Braskem, sendo efetuada a secagem e transferida para a unidade de São José dos Campos como poliamida semi-acabada, sem que efetivamente seja realizado o processo de polimerização, já que a unidade de Simões Filho não se encontra em funcionamento. Após o processamento a matéria-prima retorna como poliamida BV B300. Os produtos em estado natural ultraform H4320, ultraform W2320 e ultraform 2320, conhecidos no mercado nacional respectivamente como POM F3, POM F30 e POM F9, poliéster PBT B4500 natural e poliamidas diversas são importados e vendidos com a mesma descrição, havendo diferença apenas em relação aos códigos de entrada e de saída. Tudo conforme demonstrativos de conta corrente e de

total de saídas, descrição sucinta do processo produtivo, histórico do estabelecimento, relatório de visita e cópias de notas fiscais de entrada e de saída (Anexo 01);

02 – deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de janeiro de 2004, abril a dezembro de 2005 e janeiro a dezembro de 2006, com exigência do imposto no valor de R\$ 1.759.921,44. Consta que o contribuinte, sendo beneficiário do Desenvolve, adquire matérias-primas com diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua industrialização, conforme disposto na Resolução nº. 16/2004. Foi detectada a venda das matérias-primas importadas poliacetais em estado natural ultraform H4320, ultraform W2320 e ultraform 2320, conhecidos no mercador nacional com denominação diversa, porém com a mesma descrição, havendo diferença apenas em relação aos códigos de entrada e de saída. Tudo conforme demonstrativos de entrada por produto, saída por produto, detalhamento das importações fornecido pelo Sistema SISCOMEX, cópias de DIs e notas fiscais em anexo. Foram detectadas, nos primeiros meses de atividade do exercício de 2005, saídas de matérias-primas sem o devido ingresso de importações no período, constatadas com base em levantamentos quantitativos de entradas e saídas, porém no mês de janeiro de 2004 consta no SISCOMEX a ocorrência de importações para o contribuinte. Por esta razão, foram calculados os valores do ICMS importação devidos, em função das proporcionalidades das vendas nos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Esta infração decorre da venda da matéria-prima, quando o benefício é concedido apenas para os produtos resultantes da industrialização (Anexo 02);

03 – deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA [Superintendência da Zona Franca de Manaus], nos meses de abril, julho e dezembro de 2006, exigindo imposto no valor de R\$ 2.900,51. Consta que apesar de intimado, o contribuinte não apresentou a comprovação do internamento das mercadorias (Anexo 03).

No relatório da segunda visita ao estabelecimento (fls. 70 a 76), consta que de acordo com o protocolo de intenções, assinado em 25/03/2003, o contribuinte produz e comercializa, para o mercado nacional, plástico de engenharia dos tipos ABS/PC, ABS/FV (fibra de vidro), PA 6 e PA 66, PBT e POM. Através da Resolução nº. 16/2004, o estabelecimento foi habilitado ao Desenvolve para produzir resinas plásticas, sendo concedidos os seguintes benefícios:

1 – diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquota, para o momento em que ocorrer a desincorporação; nas importações de matérias-primas, para **o momento em ocorrer a saída dos produtos resultantes da industrialização; nas aquisições internas de caprolactama, policarbonatos e resinas ABS, de estabelecimentos com códigos de atividade nº.s 2422-8/00 e 2431-7/00, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes da industrialização;**

2 – dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias.

Ressalta que durante a visita foi constatado que a unidade de polimerização não estava em funcionamento, aparentando estar necessitando de manutenção nos equipamentos para que pudessem iniciar a produção, significando que o contribuinte apenas adquire a matéria-prima (caprolactama) na Braskem, efetuando a secagem, análise e embalagem e transferindo-a como se fosse poliamida 6 semi-acabada para sua unidade em São José dos Campos – SP, para ser processada. Salienta que através de pesquisas na Internet identificou que a produção de poliamida 6 é obtida através da polimerização de caprolactama, o que confirma que esse procedimento é realizado em São José dos Campos, sendo o produto resultante (poliamida 6 BV B300) transferido para a unidade de Simões Filho – BA.

Informa que um dos sócios do estabelecimento comunicou sobre o indeferimento de um pedido de empréstimo junto à DESENBAHIA para colocar a unidade de polimerização em funcionamento.

Foi verificado, também, que as misturas realizadas no misturador tipo "V" são apenas físicas, significando que não havia modificação das características dos polímeros.

Às fls. 2.450 a 2.457 (vol. IV) consta listagem contendo os códigos relativos às matérias-primas e aos produtos acabados resultantes da industrialização correspondente, na qual são acrescentadas observações apostas pela autuante, apontando as divergências na especificação das matérias-primas, com base nos documentos fiscais de entrada.

O autuado, através de representante legalmente constituído, ingressou com impugnação às fls. 2.785 a 2.798 (vol. VI), ressaltando, a princípio, que através de carta de intenção apresentada ao Programa Desenvolve, o Estado da Bahia concedeu benefícios fiscais ao impugnante na forma de diferimento de ICMS nas importações, através da Resolução nº. 16/2004, cujo teor transcreveu.

Ressalta que considerando que o benefício estava garantido, fez investimentos da ordem de R\$ 1.000.000,00 para colocar a fábrica em funcionamento, já que o prédio adquirido encontrava-se em ruínas e o maquinário estava penhorado, de acordo com fotos que anexou às fls. 2.801 a 2.807. Acrescenta que a fábrica atualmente encontra-se altamente produtiva, afiançando, contudo, que se as infrações erroneamente apontadas e a multa aplicada prevalecerem, haverá sérios prejuízos, inclusive podendo inviabilizar a sua manutenção.

Tratando do mérito concernente às infrações 01 e 02, salienta descaber o entendimento da autuante de que a matéria-prima importada teria sido comercializada sem qualquer beneficiamento, tendo corrido, nesse caso, uma falta de percepção do processo industrial, bem como uma confusão entre a nomenclatura da matéria-prima e aquela da matéria industrializada. Esclarece que utiliza três tipos de matéria-prima: poliacetal, polibutilenotereftalato (PBT) e poliamidas 6 e 6.6.

No que se refere ao poliacetal, afirma não ter fundamento a alegação de que o autuado importou essa matéria-prima em estado natural, vendendo-a da mesma forma, apenas mudando a nomenclatura para aquela utilizada no mercado brasileiro, tendo em vista que sendo a referida matéria-prima importada, cada fornecedor possui marca diferente, concluindo-se que poliacetal é o nome genérico da matéria-prima comercializada através de diversas marcas (fls. 2.809 a 2.859).

Argúi que o poliacetal é um polímero ainda não pronto para a fabricação de peças, principalmente aquelas utilizadas no setor automotivo. Assim, o autuado, na unidade de compostos (Simões Filho), realiza todo o beneficiamento do poliacetal, a fim de incorporar os aditivos estabilizadores para assegurar a resistência do material, incorporar cargas minerais, fibra de vidro, elastômeros, pigmentação, transformando-o em um produto acabado e pronto para o próximo processo de transformação, principalmente injeção (manufatura) de peças para o setor automobilístico.

Esse processo adequa os polímeros brutos às necessidades de performance das peças, o que envolve flamabilidade, resistência térmica e a raios ultravioleta, tração, impacto, etc. O produto acabado é comercializado sob a sua marca de POM F9, POM F30 e POM F3, marcas essas exclusivas do autuado e não de outros fabricantes brasileiros.

Falando sobre o polibutilenotereftalato, diz que PBT é a nomenclatura da matéria importada, fornecida pela Basf, que o comercializa sob o nome/marca de ultradur, restando esclarecido que não se trata de poliacetal (fls. 2.861 a 2.910).

Afiança que em sua unidade de compostos, faz todo o beneficiamento do PBT, incorporando aditivos estabilizadores para assegurar a resistência do material, transformando-o em produto

acabado e pronto para o próximo processo de transformação. Realça que um passo muito importante para a preparação do PBT é a incorporação de fibras de vidro.

Observa que quando o produto acabado não possui pigmentação, é utilizado o código “N” (natural), válido para toda linha de produção, ressaltando que a autuante confundiu esse código, sob o entendimento de que o mesmo se referia a materiais vendidos sem beneficiamento.

Após o processo de fabricação, quando o PBT bruto é adequado às necessidades de performance das peças, o produto acabado é comercializado sob a sua marca exclusiva de PBT B-4.500, PBT S, PBT 4.406 AC, PBT B-4.040 BL, PBT S4.090 ASA, etc.

Afirma que a poliamida é uma matéria-prima importada e comprada no mercado interno. Cada fornecedor possui marca diferente para a mesma matéria-prima, ficando esclarecido que poliamida é o nome genérico da matéria-prima comercializada através de diversas marcas, enfatizando que esse material é um polímero ainda não pronto para a fabricação das peças, principalmente as utilizadas no setor automotivo (fls. 2.912 a 2.972).

Afiança que em sua unidade de compostos, faz todo o beneficiamento da poliamida, incorporando aditivos estabilizadores para assegurar a resistência do material, transformando-o em produto acabado e pronto para o próximo processo de transformação. Após o processo de fabricação, o produto acabado é comercializado sob a sua marca exclusiva de PA 6.6 BV, PA 6 BV, PA 6 AW e PA 6 AU.

Reafirma que a autuante não entendeu o processo praticado pelo impugnante.

Ao atacar a infração 02, enfatiza que existe uma impropriedade na apuração do ICMS, haja vista que a autuante informa tê-la concluído mediante “*forfait*”, ao afirmar que apurara a existência de importações em 01/2004, fato que a conduziu a calcular os valores do ICMS importação com base na proporcionalidade das vendas dos exercícios de 2004, 2005 e 2006. Indaga: “*ter-se-ia apurado o imposto por arbitramento?*”.

Argúi que através dessa infração se pretende exigir o ICMS sobre as operações de importação, quando a autuante deixou de considerar o diferimento aprovado pela resolução, assim como que se o contribuinte tivesse que pagar esse imposto, teria direito ao crédito relativo à venda dos produtos acabados, resultando em uma situação negativa de ICMS a recolher.

Ao se referir à infração 03, aduz estar anexando a documentação comprobatória do ingresso dos produtos na Zona Franca de Manaus (fls. 2.974 a 2.992), sendo bastante para ilidir a presunção da infração. Afirma que o fato de a SUFRAMA ter atrasado a emissão do certificado definitivo não pode prejudicar o impugnante.

Tratando dos mecanismos de incidência da norma tributária, discorre a respeito das categorias jurídicas hipótese e fato, argüindo que a identificação da hipótese no fato constitui um mecanismo de incidência da norma tributária, devendo estar presentes os seguintes elementos: o pessoal, o material, o espacial e o temporal. Versa sobre a ocorrência de operações mercantis e operações de industrialização, realçando que o ICMS e o IPI – imposto sobre produtos industrializados –, somente têm integração no que se refere à emissão de documentos fiscais, quando há simultaneidade dos seus respectivos elementos temporais, ressaltando, no entanto, a proibição constitucional da inclusão do imposto sobre produtos industrializados na base de cálculo do ICMS, quando a operação se configurar em fato gerador dos dois impostos.

Salienta que a autuante se equivoca ao supor que o contribuinte sonegou estágios do seu processo fabril para obter benefícios fiscais, destacando que toda matéria-prima importada é submetida à operação de industrialização, exatamente como definida pela legislação tributária específica.

Reprisa que no presente caso não se trata de entrada e de saída do mesmo objeto com códigos diferentes, conforme suposto pela autuante, transcrevendo o § 5º, incisos I e II do artigo 2º do RICMS/97, que trata da definição do que vem a ser produto industrializado, afirmando que as operações de saída realizadas têm como objeto produtos que se enquadram como industrializados.

Prosseguindo com o seu arrazoado, alega que o Auto de Infração, ao não contemplar os créditos fiscais das entradas para encontrar a base de cálculo relativa às saídas, desobedeceu à legislação regente, tendo em vista que a Constituição Federal determina que o ICMS é um imposto não cumulativo, em conformidade com o disposto no inciso I do § 2º do artigo 155. Argumenta que ao exigir o ICMS sobre as importações, a autuante não poderia ter negado o crédito fiscal que esse ICMS geraria.

Lembra que o método utilizado pela fiscalização de apurar o ICMS devido pela importação em função da proporcionalidade das vendas não encontra guarida na Lei Complementar nº. 87/96, que estabelece a regra do valor da operação, sendo este definido como o do desembarque aduaneiro, inexistindo, portanto, autorização da técnica do “*forfait*”.

Requerendo a produção de provas nos termos do inciso LV do artigo 5º da CF/88, tais como juntada posterior de documentos, ouvida de testemunhas e perícia técnica, pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 2.994 a 3.006, ressaltando que o impugnante é beneficiário do Programa Desenvolve e que de acordo com o protocolo de intenções comprometeu-se a instalar no município de Simões Filho – BA uma unidade industrial para produção de plásticos de engenharia dos tipos ABS/PC, ABS/FV (fibra de vidro), PA 6 e PA 66 (poliamida), PBT (poliéster) e POM (poliacetal). Através da Resolução nº. 16/2004, o estabelecimento foi habilitado aos benefícios do Desenvolve para produzir resinas plásticas.

Salienta que o autuado confundiu a descrição constante do Auto de Infração, misturando processos de industrialização diferentes (caprolactama X poliamida com os processos de poliacetais na forma natural X poliacetais com carga, aditivos, pigmentos; poliéster na forma natural X poliéster com carga, aditivos, pigmentos; poliamidas com e sem carga X poliamidas com carga, aditivos, pigmentos), quando afirma que a autuante presumiu ter ocorrido a comercialização de matéria-prima importada (caprolactama sólida) sem qualquer industrialização, comprando e transferindo esse material após a secagem (poliamida semi-acabada) para a unidade de São José dos Campos, sem finalização do processo de polimerização.

A descrição constante do Auto de Infração refere-se a todas as matérias-primas adquiridas nos mercados externo e interno e não apenas aos materiais importados, conforme alegado pelo autuado. Apresenta em seguida uma descrição referente a cada uma das matérias-primas.

Caprolactama sólida – de acordo com relato do impugnante (fl. 63), notas fiscais de entrada (fls. 1.954 a 1.961) e notas fiscais de saída (relação às fls. 3.084 a 3.086), esse produto é adquirido no mercado interno (Braskem), submetido à secagem e encaminhado para a unidade de São José dos Campos como poliamida 6 semi-acabada. Salienta que a NCM utilizada tanto para a entrada da caprolactama, quanto para a saída da poliamida 6 semi-acabada é a mesma (2933.71.00), que de acordo com a TIPI [Tabela de Incidência do IPI] trata-se de 6 hexanolactama (epsilon-caprolactama).

Conforme descrição do processo produtivo elaborado pela empresa (fls. 63/64), o processo de polimerização corresponde a uma reação química resultante da mistura de poliamida 6 semi-acabada com ácido acético e água, porém, de acordo com a descrição da própria empresa, em projeto encaminhado à Secretaria de Indústria e Comércio (fl. 2.535), a fabricação de poliamida 6

requer equipamentos específicos, tais como os reatores VK e secadores rotatórios a vácuo, para fins de controle da viscosidade relativa (VR), adequada para cada uma das aplicações técnicas. Ressalta que até a conclusão da fiscalização, os reatores não estavam em funcionamento (fl. 74).

Ainda de acordo com o relato constante à fl. 2.535, as principais etapas do processo de fabricação da poliamida 6 são as seguintes: recebimento da caprolactama líquida (e não sólida) da Braskem; aditivação com os catalizadores e iniciadores da reação química; polimerização nos reatores VK; lavagem do polímero, para retirar os monômeros que não reagiram; recuperação e reciclo dos monômeros contidos na água de lavagem; secagem em secadores rotativos a vácuo; embalagem e expedição. Assim, no processo de polimerização, a secagem é uma etapa posterior à reação química, não devendo ser confundida a secagem de caprolactama como sendo um processo de polimerização. Esclarece que todo o processo de fabricação de poliamida 6 está explicado tanto na fl. 2.535, como no esquema de produção enviado pela empresa (fls. 2.446 a 2.448).

Ressalta que a poliamida 6 semi-acabada é primeiramente fundida para tornar-se um líquido com aparência de vaselina, quando é misturada ao ácido acético e à água desmineralizada, passando depois por todas as etapas descritas acima e, somente então, está pronta para ser submetida ao processo de polimerização, que é realizado em São José dos Campos. Realça que a caprolactama é considerada um produto químico orgânico (NCM 2933.71.00) e que as poliamidas são consideradas como plásticos e suas obras (NCM posições 3908), de modo que não podem ser confundidas, conforme tabelas do IPI contendo códigos de produtos às fls. 3.007 a 3.063.

Observa que o importador, exportador ou fabricante deve determinar a classificação fiscal do produto, acrescentando que em relação aos poliacetais identificou que, nas notas fiscais de entrada (importação), na descrição dos produtos, constavam as marcas do fabricante (ultraform natural N2320, H4320 e W2320) e do adquirente (POM F9, POM F3 e POM F30); já na saídas destes produtos em estado natural foram identificadas as seguintes descrições: POM F9, POM F3 e POM F30, ou seja, a mesma descrição constante nas notas fiscais de entrada, divergindo apenas nos códigos utilizados pela empresa para entrada e para saída. Salienta que os produtos com aditivos, pigmentos, fibras de vidros e outros, identificados com os códigos FV, UV, EC ou colorido, foram considerados como industrializados, portanto com o benefício do Desenvolve.

Poliamida – o contribuinte adquire parte desse material no mercado externo, com diversas descrições de marca, que varia de acordo com o fabricante, e parte recebido em transferência da filial em São José dos Campos. Foi identificado que parte desses produtos foi vendida com base na mesma descrição dos produtos constantes nas entradas, divergindo apenas nos códigos. Ressalta que os produtos que sofreram algum processo de industrialização (aditivação, pigmentação, reforço com fibra de vidro, etc.), na apuração de imposto foi mantido o benefício.

Poliéster – esse material é adquirido no mercado externo, com diversas denominações. A análise das notas fiscais de saída indicou a existência de diversas vendas com a mesma descrição constante nas entradas e, em alguns casos, com o mesmo código do produto. Apenas em relação ao material PBT S NAT. B4.500 ultradur B4.500 natural constam saídas no estado natural e também acrescidos de fibra de vidro, ultravioleta, pigmento e outros.

Observa que os produtos são comercializados pelo autuado e pela empresa Basf, com as marcas descritas pelo impugnante, à exceção dos itens POM, PBT e PA, que são siglas dos produtos vendidos pela Basf.

Lembra que o benefício concedido ao contribuinte somente se aplica aos produtos industrializados no Estado da Bahia.

Salienta que a base de cálculo concernente à infração 02 correspondeu ao valor constante nos documentos de importação, de forma contrária ao alegado pelo autuado, quando disse ter sido o

referido valor arbitrado em razão da proporcionalidade das vendas, desde quando esta proporcionalidade foi em função da quantidade dos produtos vendidos e não do preço.

Afirma que o ICMS exigido pelas importações se referiu às operações de comercialização da matéria-prima adquirida e comercializada sem qualquer processo de industrialização, razão pela qual foi efetuado um levantamento quantitativo de entradas e saídas, objetivando calcular o ICMS importação apenas em relação à parte não industrializada. Ressalta que nos demonstrativos constam duas colunas para peso, sendo uma referente ao total adquirido e a outra à quantidade que foi comercializada sem industrialização, portanto sujeita à incidência do ICMS.

No que se refere ao questionamento sobre a não concessão do crédito fiscal dos valores cobrados a título de ICMS importação, ressalta que de acordo com o artigo 93, inciso I do RICMS/97 constitui crédito o valor do imposto anteriormente cobrado. Como o valor do imposto em questão está sendo exigido através desta autuação, estando sujeito à contestação, não poderia o mesmo ser concedido antes do efetivo pagamento. Esclarece que sendo o imposto recolhido, o contribuinte fará jus ao crédito.

A autuante frisa que ao iniciar suas atividades na Bahia, a empresa transferiu o CNPJ da matriz para este Estado. Como o cruzamento de informações com a Receita Federal é feito pelo CNPJ, o Sistema SISCOMEX informou sobre importações ocorridas no exercício de 2004. Tendo em vista que no levantamento quantitativo de 2005 foi detectada a venda de produtos sem que houvesse qualquer aquisição no período e tendo sido verificada as importações de 2004, foi lançado o ICMS de importação, sem se atentar para o fato de que aquelas mercadorias haviam sido adquiridas por outra unidade da Federação.

Argumenta que logo após a ação fiscal, percebera que no período das importações a empresa ainda não estava constituída aqui na Bahia, porém foi induzida ao erro quando constatou, no levantamento de estoques de 2005, que haviam sido comercializados produtos de sua filial através de documentos emitidos pela matriz situada neste Estado.

No tocante à infração 03, salienta que, de acordo com o § 4º do artigo 597 do RICMS/97, o autuado deveria apresentar o documento comprobatório do internamento dos produtos na Zona Franca de Manaus expedido pela SUFRAMA.

Destaca que o autuado se equivocou em relação ao benefício concedido, tendo em vista que ao apurar os valores do imposto a recolher, não excluiu as operações de vendas de matérias-primas adquiridas no processo produtivo, tais como concentrados, sacos de polietileno, poliamidas, poliacetais, poliésteres, masterbach, irganox, estearato de cálcio, elastômero, fibra de vidro e silicato de alumínio. Vários indícios verificados nos documentos fiscais levaram a este entendimento: CFOPs de saídas de mercadorias adquiridas e recebidas de terceiros; NCM constante nas notas fiscais de entrada de caprolactama sólida idêntico ao constante nas notas fiscais de saída de poliamida semi-acabada; as descrições das resinas de poliacetais, poliamidas e poliésteres constantes nas notas fiscais de importação iguais àquelas constantes nas notas fiscais de saída.

Anexa cópia da classificação fiscal de produtos químicos orgânicos e dos plásticos e de suas obras; da resposta técnica SENAI sobre a produção de poliamidas; do relatório de consulta à SUFRAMA; do demonstrativo das principais matérias-primas e produtos resultantes com códigos e especificações utilizados pelo autuado; da listagem contendo códigos de produtos de entradas e saídas utilizados pelo impugnante; da listagem constando a localização no PAF das notas fiscais de saída e da listagem dos produtos comercializados pela Basf.

Mantém a autuação com a seguinte retificação: na infração 02, solicita a exclusão do valor de R\$ 75.947,27, tendo em vista que as importações de 2004 não foram realizadas pelo Estado da Bahia, colocando-se à disposição do CONSEF para dirimir quaisquer dúvidas relativas à autuação.

Consta à fl. 3.143, requerimento do autuado, solicitando a juntada do instrumento particular de procuraçao, que foi anexado à fl. 3.144.

Cientificando quanto à informação fiscal e anexos, o autuado se manifestou às fls. 3.150 a 3.155, alegando que a classificação NCM não é caracterizadora de substâncias, já que muitos itens correspondem a diversas substâncias. Afirma que foi utilizada a mesma NCM – 2933.71.00 – para a caprolactama e para a poliamida 6 semi-acabada, pelo fato de não existir uma nomenclatura específica para esta última, que poderia estar codificada com a NCM 3908. Entende que qualquer revisão ou correção não poderá resultar na autuação.

Salienta que a fase de polimerização ainda não pode ser realizada em Simões Filho, já que a reforma do equipamento ainda está sendo complementada, devido ao seu péssimo estado de conservação. Ressalva, entretanto, que o secador de caprolactama foi colocado em operação e está funcionando, realizando a industrialização. Destaca ser necessária a construção de uma estação de tratamento de solventes líquidos, de modo a evitar que os mesmos sejam lançados na rede pública de esgoto.

Observa que o processo de produção de poliamida 6, quando realizado com a caprolactama líquida, apresenta diversos inconvenientes, tais como: por se tratar de um produto que absorve muita água, requer mais investimento, o custo com transporte é muito elevado e apenas a Braskem fornece esta matéria-prima. Por outro lado, a utilização da caprolactama sólida passou a compreender as etapas de secagem, fusão, reação química para formar o polímero, granulação, lavagem, secagem final e embalagem. Logo, a secagem inicial dessa matéria-prima e mais o seu aquecimento antes de ser carregada para o reator para fusão é também parte do processo de polimerização a partir da matéria-prima sólida.

Argúi que os passos descritos nos documentos citados pela autuante correspondem ao processo para a produção de poliamida 6 a partir da caprolactama líquida. Ao passar a receber a caprolactama sólida da Braskem, o processo teve que ser alterado, entretanto os procedimentos realizados em Simões Filho fazem parte do processo descrito até que o seu reator entre em funcionamento.

Explica que o sistema de codificação adotado pelo autuado leva em consideração o componente que participou em maior quantidade/volume na composição do produto final. Enfatiza que as denominações POM F9, POM F30 e POM F3 não são nomes genéricos do poliacetal, como sugerido pela autuante, sendo marcas comerciais de seu estabelecimento. Assim, o sistema de codificação das matérias-primas corresponde aos mesmos nomes aplicados aos produtos acabados, já que estão vinculadas às matérias-primas principais, que são utilizadas de diversos fornecedores e que têm as mesmas características.

Assevera que a autuante confundiu nomes genéricos de plásticos com marcas registradas de seus fabricantes, usando-os indistintamente, o que deve tê-la induzido a erro. Afiança que a afirmação da agente fiscal de que a Basf comercializa no mercado nacional POM, PBT e PA é incorreta.

Reafirma que a presunção de comercialização sem industrialização não corresponde à realidade, não sendo cabível, desse modo, a autuação. Enfatiza que a industrialização das matérias-primas foi realizada nos termos previstos no transcrto § 5º do artigo 2º do RICMS/97, desde quando a simples troca de embalagens do produto está dentro do conceito de industrialização, merecendo o incentivo. Frisa que a autuante equivocadamente não reconheceu nem mesmo o processo de mistura a frio e embalagem como industrialização.

Em relação à infração 02, ressalta que a afirmação da autuante de que o valor cobrado coincide com o total adquirido não corresponde à realidade, desde quando todas as matérias-primas importadas foram submetidas à industrialização.

Insurge-se contra a cobrança do ICMS devido nas importações, pois entende que não pode ser obrigado a pagar o ICMS relativo às importações e à comercialização, uma vez que não foi reconhecido o crédito do ICMS relativo à comercialização.

Afirma que todas as importações de 2004 e aquelas realizadas até maio de 2005 foram efetivadas pela unidade de São Paulo, conforme anexo acostado às fls. 3.166 a 3.169.

Ao tratar da infração 03, destaca que os argumentos e fundamentos da defesa são verdadeiros e comprovam documentalmente o internamento na Zona Franca de Manaus. Salienta que para emissão dos certificados, a SUFRAMA exige vistoria técnica da repartição fazendária de Simões Filho, entretanto essa unidade fiscal nega-se a fornecer o visto de origem exigido, criando um impasse, sob a alegação de que a empresa está sob fiscalização. Assim, devem prevalecer os fundamentos da defesa até que a prova oficial seja liberada.

Esclarece que à exceção das poliamidas, poliacetais e PBT, que são objetos da sua linha industrial, emite notas fiscais de venda de concentrados e aditivos, de devolução para fornecedores, de remessa para industrialização e de transferência entre filiais, conforme anexo constante às fls. 3.170 a 3.172.

Afirma que as transferências de poliamida semi-acabada para a filial de São José dos Campos eram realizadas com o CFOP 6.151, enquanto que as devoluções se davam com o CFOP 6.152. Observa que ocorreu erro na digitação das NCMs em seu sistema, já que as poliamidas deveriam estar cadastradas com a codificação 3908, os poliacetais com a codificação 3907 e as caprolactamas com o código 2933.71.00, ressaltando que a correção desses registros não implica em autuação.

Argumenta que a agente fiscal aplicou alíquota do ICMS de 17%, sendo que, como a grande maioria das vendas efetuadas pela autuada ocorreram fora do Estado da Bahia (99%), ter-se-ia que aplicar a alíquota de 12%, conforme já evidenciado no anexo às fls. 2.912 a 2.972.

A autuante prestou nova informação fiscal às fls. 3.176 a 3.189, inicialmente apresentando um resumo dos pontos discutidos pela defesa em sua manifestação anterior e reprisando diversos pontos já abordados na primeira informação fiscal.

Ao tratar da questão relativa à utilização, pelo contribuinte, da mesma classificação da NCM correspondente à caprolactama para a poliamida 6 semi-acabada, sob a justificativa de não existir uma nomenclatura específica para este último material, que poderia estar codificada, inclusive, com a NCM 3908, e sendo a solução de dúvidas a respeito de classificação fiscal de mercadorias de competência da coordenação geral do sistema aduaneiro e da superintendência regional da Receita Federal, caberia ao interessado esclarecer estes pontos junto à unidade da Receita Federal de seu domicílio fiscal. Transcreve orientações da Secretaria da Receita Federal a respeito da classificação de mercadorias.

Salienta que além do autuado ter afirmado em sua defesa que a fase de polimerização ainda não pode ser realizada em Simões Filho, no projeto apresentado para a solicitação do benefício do Desenvolve, foi incluído, dentre outros, o processo de polimerização e não a secagem da caprolactama (fl. 2.535). Enfatiza que a secagem realizada corresponde a um processo físico e não químico, o que significa que não resulta em outro produto e sim na própria caprolactama com um menor índice de umidade. Já para a obtenção da poliamida, faz-se necessário a realização de uma reação química, que é processada através de um reator e como foi relatado na própria defesa (fl. 3.151), essa fase (polimerização) ainda não pode ser realizada em Simões Filho.

Rebateu a alegação do autuado de que o ICMS exigido sobre as importações refere-se a uma dívida teórica, afirmando que o benefício fiscal é bastante claro, conforme se observa no transcreto art. 3º da Lei nº. 7.980/01, que estabelece que os incentivos visam estimular a criação de novas indústrias e a expansão de empreendimentos já instalados, com a geração de novos produtos ou processos. Assim, se o impugnante adquire matérias-primas no mercado externo e as comercializa sem realizar nenhum processo de industrialização, o benefício do diferimento deixa de existir e, consequentemente, todas as saídas dessa matéria-prima são tributadas, sendo devido, também, o imposto referente às entradas com diferimento que deixou de ser recolhido.

Em relação ao questionamento de que parte das importações realizadas em 2005 tinham sido efetivadas pelo estabelecimento de São Paulo, informa que o início de atividade do contribuinte neste Estado foi em 05/08/2004 e que as importações foram realizadas com o seu CNPJ. Ademais, apesar de argumentar que as importações tinham sido feitas por São Paulo, não foram apresentados os comprovantes de recolhimento do ICMS em favor daquele Estado.

Em se tratando da alegação da defesa, referente à infração 03, de que lhe fora negado o visto na Repartição Fiscal de Simões Filho, voltado à obtenção dos certificados junta à SUFRAMA, observa que o visto foi negado porque a declaração então apresentada salientava que os documentos fiscais concernentes ao pedido não haviam sido objeto de autuação.

Quanto à argumentação de que 99% de suas operações são realizadas para fora do Estado e que tinha sido utilizada pela autuante a alíquota interna de 17% em vez de 12%, informa que os valores foram apurados através da conta corrente fiscal, de acordo com os lançamentos efetuados nos livros fiscais e nos arquivos magnéticos, com base nas alíquotas estabelecidas para cada operação. Acrescenta que os débitos foram lançados no demonstrativo do Auto de Infração pelos valores devidos, de acordo com os montantes apurados nos demonstrativos correspondentes, não havendo nenhuma alteração em função da alíquota ali destacada. No que se refere ao ICMS devido pela importação, a alíquota devida realmente é de 17%.

Conclui, destacando os pontos principais a serem considerados no presente processo:

01 – como beneficiário do Programa Desenvolve, o autuado deve seguir os critérios estabelecidos na legislação pertinente, sob pena de perda do benefício, a teor do artigo 11 do RICMS/97;

02 – dentre os benefícios concedidos através da Resolução nº. 16/2004, consta o de adquirir matérias-primas (poliamidas, poliacetais, poliésteres e caprolactama) com diferimento do ICMS para o momento em que ocorrerem as saídas dos produtos resultantes da industrialização;

03 – foi identificada a venda parcial das matérias-primas na sua forma natural (poliamidas, poliacetais e poliésteres), que são adquiridas, em sua maioria, no mercado externo, além de ter deixado de recolher o ICMS relativo à importação correspondente à parte da matéria-prima comercializada;

04 – foi detectado que o contribuinte adquire a matéria-prima caprolactama, que é utilizada para a produção de poliamida através de uma reação química (polimerização), porém a submete apenas a uma reação física (secagem), encaminhando-a para a sua filial em São José dos Campos, onde efetivamente é realizada a polimerização;

05 – em sua segunda manifestação, o autuado admitiu que ainda não iniciou o processo de polimerização, concluindo-se que não se pode falar em saída de poliamida e sim da própria matéria-prima, a caprolactama;

06 – a caprolactama é considerada como produto químico orgânico, classificada na NCM com o código 2933.71.00, enquanto que as poliamidas são consideradas como plásticos e suas obras, estando registradas na posição 3908, não podendo, portanto, serem confundidas.

Mantém a autuação, retificando a infração 02, com a exclusão do débito apontado para o mês 01/2004 no valor de R\$ 75.947,27. Solicita que sejam consultados engenheiros químicos, que possam atestar que a produção de poliamida somente pode ser processada através de uma reação química e não física.

Considerando que o contribuinte é beneficiário do Programa Desenvolve, utilizando-se do diferimento nas compras de matérias-primas destinadas ao processo produtivo; considerando que em relação à infração 01 se faz necessário esclarecer se o autuado dá saída de matérias-primas em estado natural e de caprolactama após submetê-la apenas a uma reação física, isto é, sem utilizar processo industrial; considerando que a autuante sugeriu que fosse consultado um engenheiro químico, afim de atestar se a produção de poliamida somente pode ser obtido por meio de uma reação química; considerando as alegações do autuado de que se utilizara do mesmo código NCM para a caprolactama e para a poliamida 6 semi-acabada, devido à falta de nomenclatura específica para este último material; considerando que no caso da infração 02 não ficou esclarecido se ocorreram operações de importação de matérias-primas no exercício de 2005 realizadas pelo estabelecimento situado no Estado de São Paulo; considerando que em relação à infração 03, o pleito do autuado solicitando o visto da Infaz Simões Filho lhe foi negado, sem que os motivos tivessem ficado devidamente esclarecidos: esta 1^a JJF, em pauta suplementar (fls. 3.192/3.193), deliberou pelo envio do processo à INFAZ/Indústria, para que Auditor Fiscal com formação em Engenharia Química adotasse as providências a seguir:

- 01) em relação à infração 01, verificasse “*in loco*” e com base na documentação fiscal pertinente, se as mercadorias objeto de saída pelo autuado sofreram modificação em sua estrutura, de modo a caracterizar processo de industrialização;
- 02) com base na documentação relativa às importações de matéria-prima, verificasse se no exercício de 2005 existiram operações realizadas pelo estabelecimento sediado no Estado de São Paulo, excluindo-as da presente exigência;
- 03) verificasse junto à Repartição Fiscal de Simões Filho quanto aos reais motivos que impediram a liberação do visto solicitado pelo impugnante relativo às operações concernentes à infração 03, informando-o quanto ao resultado correspondente;
- 04) elaborasse, se fosse o caso, novos demonstrativos, apontando os valores dos débitos correspondentes às infrações 01 e 02.

Em seguida, deveria ser entregue ao autuado cópia reprográfica do parecer emitido pelo diligente e dos elementos que porventura fossem produzidos, bem como do termo de diligência, sendo concedido o prazo de 10 (dez) dias, para que o sujeito passivo, querendo, se manifestasse nos autos. Deveria ser dada ciência também à autuante quanto ao resultado da revisão fiscal.

Às fls. 3.196/3.197 o Auditor Fiscal Arlindo Amorim Pereira prestou as seguintes informações, em atendimento à diligência solicitada:

- 1) quanto à afirmação contida na fl. 74 de que a unidade de polimerização ainda não se encontrava em funcionamento, esclarece o equipamento se trata de um misturador físico tipo “V”, que não promove reação química entre as substâncias envolvidas. Acrescenta que na visita realizada na empresa constatou que sua unidade está desativada.

Salienta que a simples verificação da documentação fiscal não é suficiente para definir a composição química de uma substância. Assim, não se pode falar em poliamida (nylon) semi-acabada proveniente apenas da secagem da caprolactama. De acordo com as diversas fontes de pesquisa, inclusive as constantes no processo, a transformação de caprolactama em poliamida necessita de uma reação química, que deve ser realizada em um reator com leito catalisante formado principalmente por ácido acético.

Afiança que o simples registro nos documentos fiscais da caprolactama após o processo de secagem, como poliamida semi-acabada, não se configura em reação química, ficando sujeito, inclusive, a questionamento perante o Conselho Regional de Química pela falsa descrição do produto em questão, como pode ser verificado na Resolução Ordinária do Conselho Federal de Química nº. 9.593, de 13/07/2000, que estabelece diretrizes para a aplicação do Código de Ética dos Profissionais de Química, conforme trecho que transcreveu, que versa sobre as sanções aplicáveis aos casos de infrações ao mencionado código, destacando os casos de improbidade profissional, falso testemunho, produção de falsificações e utilização dos conhecimentos científicos para concorrer com a prática de crimes contra a Pátria e a ordem social.

Assevera que para se afirmar qual é exatamente a composição de um composto químico, se faz necessária uma análise química para se verificar e comparar as suas propriedades físico-químicas (entre outros critérios). Entretanto essa análise química não se faz necessária no presente caso, tendo em vista a própria descrição do processo apresentada pela empresa, que declara que adiciona a caprolactama, fazendo apenas a secagem e não uma reação química.

Explica que a caprolactama é uma lactama contendo o grupo $-NH.CO-$ com cinco grupos CH_2 formando o resto do anel de sete elementos, sendo usada na produção de nylon. Trata-se de uma substância cristalina branca, $C_6H_{11}NO$, com densidade de 1,02, ponto de fusão a 170°C, e ponto de ebulição a 150°C.

Observa que no cumprimento do quanto solicitado, realizou diligência fiscal no dia 13/02/2008 no endereço da empresa constante no CAD-ICMS, quando, para sua surpresa, constatou que o estabelecimento encerrara suas atividades e já retirara todo o material e equipamento do local. Assim, foi lavrada uma FLC [ficha de localização de contribuintes] em 14/02/2008 (fl. 3.199), visando o cancelamento de sua inscrição estadual;

2) de acordo com a verificação da documentação constante no processo, as importações do exercício de 2005 se deram conforme descrito pela autuante;

3) conforme verificado com o supervisor de fiscalização, a solicitação do contribuinte, conforme modelo anexado à fl. 3.198, se referia a um Requerimento de Vistoria Técnica da SUFRAMA, fora da alçada e da competência legal da repartição fazendária.

Cientificando quanto ao resultado da diligência, quando recebeu todos os novos elementos anexados aos autos, o contribuinte se manifestou às fls. 3.203 a 3.205, apresentando considerações a respeito de cada uma das respostas oferecidas pelo diligente.

1^a pergunta – frisa que é importante saber que o equipamento em “V”, mencionado como sendo a máquina responsável pela secagem da caprolactama não é de fato o equipamento que realiza esse processo, tendo em vista que o impugnante se utiliza de uma máquina denominada “secador rotativo cambaleante”, que foi enviado para São José dos Campos quando do encerramento das atividades da unidade da Bahia.

Quando o engenheiro menciona que a secagem está desativada dá a entender que nunca se secou caprolactama, o que não corresponde à verdade, pois somente agora esta unidade está desativada, quando todas as operações estão sendo realizadas em São José dos Campos.

Como a caprolactama é um material que absorve grandes quantidades de água, se não passar pelo processo de secagem é impossível colocá-la no reator para transformação em polímero. Para ilustrar, acrescenta que se a caprolactama não passar pelo secador, durante a viagem absorverá umidade e se solidificará, tendo que ser quebrada e aquecida antes de ser colocada no reator.

Assim, a secagem se faz necessária, sendo uma das fases do processo de polimerização, não podendo, realmente, se falar em reação química nesta fase, ressaltando que, entretanto, o decreto da SEFAZ também não fala em transformação química. O fato é que o autuado tinha a opção de

secar a caprolactama ou deixá-la se solidificar durante a viagem e posteriormente quebrá-la e aquecê-la para que voltasse ao seu estado normal, para ser despejada no reator.

Argumenta que sem a secagem ou o posterior aquecimento não se faz polímero, sendo, sem dúvida, uma das fases de produção. Menciona que muitas empresas adotam este processo e que a própria Braskem faz essa secagem para seus clientes. No entanto, no caso do impugnante isso não se fazia necessário, pois na sua fábrica tinha o secador.

2^a pergunta – no exercício de 2005 o pagamento do ICMS era digitalizado, sendo efetivado uma vez por mês, através de uma guia. As guias sempre ficaram na contabilidade em São Paulo, já que as importações foram feitas por lá e, consequentemente, os recolhimentos também.

3^a pergunta – na ocasião que o contribuinte solicitou a documentação à Infaz Simões Filho, na realidade se tratava de um “visto” para a SUFRAMA, que a repartição negou sob a alegação de que a empresa se encontrava sob fiscalização.

Salienta que a complexidade dos elementos fáticos não recomenda a simplificação praticada pela fiscalização, mesmo em relação à resposta dada pelo supervisor de fiscalização a respeito da negativa do “visto”.

Assevera que a diligência não está atendida e, deste modo, o julgamento não poderá ser realizado, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal em relação ao processo administrativo fiscal. Requer, por esta razão, o cumprimento da diligência determinada pelo CONSEF.

Às fls. 3.207/3.208 a autuante se pronunciou a respeito do resultado da diligência e da manifestação do autuado, informando os seguintes fatos:

1. mais uma vez o impugnante afirma que não realiza a polimerização (transformação da caprolactama em polímero através de reação química) na unidade de Simões Filho;
2. no projeto aprovado pela Secretaria da Indústria e Comércio o autuado solicita, entre outras, a implantação de uma unidade de polimerização, porém esta nunca chegou a funcionar na Bahia;
3. apesar de não realizar o processo de polimerização, o contribuinte emite notas fiscais de saídas para a unidade de São José dos Campos como poliamida 6 semi-acabada, quando a descrição correta do produto seria como caprolactama, estando a operação sujeita à tributação sem o benefício da dilação do prazo;
4. todas as importações verificadas no exercício de 2005 foram da unidade de Simões Filho e apesar de alegar que essas operações teriam sido realizadas por São Paulo, o autuado não apresenta os comprovantes referentes às importações e aos recolhimentos dos tributos;
5. quanto à solicitação do visto para a SUFRAMA, afiança que o contribuinte apresentou uma declaração do fornecedor assegurando que não foi notificado a recolher o imposto relativo às notas fiscais relacionadas. Como essas notas fiscais constavam do Auto de Infração, a repartição fiscal não poderia visar a declaração, conforme cópia do formulário (fls. 3.209 a 3.211).

Mantém as informações constantes às fls. 3.176 a 3.189.

VOTO

Através do presente Auto de Infração foram atribuídas três infrações ao sujeito passivo. Considerando que todas as imputações foram contestadas e que o processo foi convertido em diligência, para que Auditor Fiscal com formação em engenharia química esclarecesse diversos pontos a respeito da autuação, trataréi a respeito de cada uma das infrações em separado.

Na infração 01 a acusação se refere ao recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa Desenvolve.

Consta que o contribuinte teria recolhido a menos o imposto, tendo em vista que adquiria a matéria-prima caprolactama sólida junto à empresa Braskem, efetuando a secagem e posteriormente transferindo esse material para a unidade estabelecida em São José dos Campos - SP como poliamida semi-acabada, sem que efetivamente fosse realizado o processo de polimerização, já que a unidade de Simões Filho não se encontrava em funcionamento. Outros produtos seriam importados em estado natural e vendidos com a mesma descrição, havendo diferença apenas em relação aos códigos de entrada e de saída.

O impugnante alega que importa diversas matérias-primas (polímeros, polibutilenotereftalato e poliamida), em estado natural, realizando todo o beneficiamento, transformando-os em produtos acabados e prontos para o próximo processo de transformação. Argumenta ter utilizado a mesma NCM – 2933.71.00 – para a caprolactama e para a poliamida 6 semi-acabada, pelo fato de não existir uma nomenclatura específica para esta última. Informa que a fase de polimerização ainda não pode ser realizada em Simões Filho, pois a reforma do equipamento está sendo realizada, ressaltando que o secador de caprolactama já está realizando a industrialização.

O autuado entende que a industrialização das matérias-primas foi realizada, pois a simples troca de embalagens do produto está dentro do conceito de industrialização, razão pela qual merece utilizar o incentivo. Salienta que a autuante não reconheceu sequer que o processo de mistura a frio e embalagem se refere a industrialização.

A autuante, por outro lado, sustenta que o contribuinte adquire todas as matérias-primas nos mercados externo e interno e sem qualquer industrialização as transfere para a unidade de São José dos Campos. Observa que no caso da caprolactama sólida, o material é adquirido no mercado interno, sendo submetido a secagem, e em seguida é enviado para a unidade de São Paulo como poliamida 6 semi-acabada, entretanto de acordo com descrição feita pela própria empresa, em projeto encaminhado à Secretaria de Indústria e Comércio, a fabricação de poliamida 6 requer equipamentos específicos, para fins de controle da viscosidade relativa, adequada para cada uma das aplicações técnicas. A caprolactama é considerada um produto químico orgânico (NCM 2933.71.00), enquanto as poliamidas são consideradas como plásticos e suas obras (NCM posições 3908), não podendo ser confundidas.

Quanto aos poliacetais foi identificado que nas notas fiscais de entrada a descrição dos produtos era a mesma constante nas notas fiscais de saída, divergindo apenas nos códigos utilizados pela empresa para entrada e para saída, ressaltando que os produtos com aditivos, pigmentos, fibras de vidros e outros, identificados com os códigos FV, UV, EC ou colorido, foram considerados como industrializados, portanto com o benefício do Desenvolve. Em relação à poliamida, o contribuinte adquire parte desse material no mercado externo e em transferência da filial de São José dos Campos, tendo sido comprovado que parte desses produtos foi vendida com base na mesma descrição constante nas entradas, divergindo apenas nos códigos, sendo que também neste caso quando os produtos sofreram algum processo de industrialização, na apuração do imposto foi mantido o benefício.

Já o poliéster é adquirido no mercado externo, com diversas denominações, porém nas notas fiscais de saída se verificou a existência de diversas vendas com a mesma descrição constante nas entradas e, em alguns casos, com o mesmo código do produto.

Tendo em vista que a natureza das questões envolvia uma discussão eminentemente técnica, no pedido de diligência foi solicitado que o engenheiro químico esclarecesse se as mercadorias comercializadas pelo autuado sofria modificação em sua estrutura, caracterizando o processo de industrialização. Verifico que o técnico informa que os procedimentos realizados pelo impugnante não geram reação química entre as substâncias envolvidas, desde quando a transformação de caprolactama em poliamida depende de uma reação química, a ser realizada

em um reator e que o simples registro nos documentos fiscais da caprolactama após o processo de secagem, como poliamida semi-acabada, não basta para que se configure que ocorreu uma reação química.

O diligente acrescenta que no presente caso não se faz necessária uma análise química das substâncias, considerando que na própria descrição do processo apresentada pela empresa, consta que realiza apenas a secagem da caprolactama, não promovendo nenhuma reação química.

Neste ponto entendo ser de grande relevância transcrever alguns trechos pronunciados pelo autuado, quando afirmou que “*caso a caprolactama não passe pelo secador, durante a viagem ela absorve umidade e se solidifica e tem que ser quebrada e aquecida antes de entrar no reator*” e mais adiante quando disse que “*a secagem se faz necessária e é sem dúvida uma das fases do processo de polimerização, de fato não há que se falar em reação química nesta fase, mas o decreto da Secretaria da Fazenda também não fala em transformação química.*”

Ora, no primeiro caso o impugnante está se referindo ao fato de que promove a secagem da matéria-prima antes de remetê-la para sua unidade em São José dos Campos, tão somente para evitar que o material absorva umidade antes de ser submetido ao efetivo processo de industrialização, que ocorre no Estado de São Paulo. Já a leitura do segundo trecho, me conduz à absoluta certeza quanto à circunstância de que o autuado tanto não fazia a industrialização como tinha plena ciência desta situação, isto é, que nas operações arroladas na autuação não cabia a aplicação dos benefícios do DESENVOLVE.

Observo que no projeto aprovado pela Secretaria da Indústria e Comércio (fl. 2.460) o autuado se compromete a instalar uma unidade industrial na Bahia, onde produziria plástico de engenharia com policarbonato (ABS/PC), com fibra de vidro (ABS/FV) e pretendia transferir suas operações com poliacetais, poliamidas 6 e 6.6 e polibutileno tereftalato, de Diadema – SP para o Estado da Bahia. Porém pela verificação dos elementos constantes nos autos, constato que tais compromissos nunca foram cumpridos. Noto, ademais, que apesar de não realizar o processo de polimerização, o contribuinte emite notas fiscais de saída para a unidade de São José dos Campos como poliamida 6 semi-acabada, quando a descrição correta do produto seria como caprolactama, estando a operação sujeita à tributação sem os benefícios do DESENVOLVE.

Quanto às demais matérias-primas, as notas fiscais de aquisição e de saída anexadas ao processo evidenciam que a descrição dos materiais era a mesma, comprovando que também nestes casos o autuado não submetia os materiais a nenhum processo industrial em seu estabelecimento neste Estado. Vejo que nos casos em que as matérias-primas sofreram algum processo de industrialização, na apuração do imposto a autuante manteve o benefício previsto no referido programa.

Saliento que o fato de que durante a diligência realizada ao estabelecimento foi comprovado que o mesmo não mais se encontrava em funcionamento, não tem relevância para definir se o impugnante efetuava a industrialização das matérias-primas aqui no Estado da Bahia, tendo em vista que conforme restou comprovado pelas explicações aqui apresentadas, durante o período compreendido pela autuação a referida realmente unidade não procedia à industrialização dos materiais antes de processar as saídas correspondentes.

No que se refere à alegação de que as suas operações são realizadas em sua maioria para fora do Estado, cabendo a aplicação da alíquota de 12%, noto que os valores foram apurados de acordo com os lançamentos efetuados nos livros fiscais e nos arquivos magnéticos, portanto com base nas alíquotas estabelecidas para cada operação. Observo que os débitos foram lançados no Auto de Infração pelos valores efetivamente devidos, de acordo com os montantes apurados nos demonstrativos correspondentes, não havendo nenhuma alteração em função da alíquota ali destacada. Saliento, ademais, que os totais do ICMS devido foram transportados para o

demonstrativo de débito do Auto de Infração, no qual o SEAIT (Sistema de Emissão de Auto de Infração) faz a conversão do valor apurado, com base na alíquota interna de 17%, de acordo com as bases de cálculo correspondentes, de forma que esse procedimento não representa que tenha ocorrido qualquer alteração dos valores dos débitos calculados.

Assim, fica mantida integralmente a infração 01.

A infração 02 decorreu da falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas. Verifico que a exigência tributária se deveu ao fato do contribuinte, sendo beneficiário do Desenvolve, ter adquirido matérias-primas com diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS para o momento da saída dos produtos resultantes de sua industrialização, tendo sido constatada a comercialização das matérias-primas com a mesma descrição, divergindo apenas em relação aos códigos de entrada e de saída, enquanto que o benefício se refere às saídas dos produtos resultantes da industrialização.

Ressalto que o detalhamento referente a esta apuração se encontra apontado nos demonstrativos acostados às fls. 78 a 157, nos quais constam os dados relativos às entradas por produto, saídas por produto e a todas as importações. Foram anexadas, também, as cópias das declarações de importação e das notas fiscais.

No que se refere à insurgência do sujeito passivo em relação à metodologia empregada pela fiscalização na apuração dos valores concernentes a esta infração, quando alegou que os montantes apontados teriam sido arbitrados em razão da proporcionalidade das vendas, ressalto que a base de cálculo teve por suporte os valores constantes nos documentos de importação, enquanto que a proporcionalidade foi aplicada simplesmente em função da quantidade dos produtos vendidos e não do preço. Acrescento que o débito apurado pelas importações se referiu às operações de comercialização da matéria-prima adquirida e comercializada, sem que tivesse sido submetida a qualquer processo de industrialização, em desacordo, portanto, com o estabelecido na Resolução nº. 16/2004, razão pela qual foi efetuado um levantamento quantitativo de entradas e saídas, apurando o ICMS importação referente apenas à parcela não industrializada. Vejo que nos demonstrativos constam as informações referentes ao total adquirido e ao total que foi comercializado sem industrialização, portanto sujeito à cobrança do imposto.

Quanto ao questionamento do impugnante sobre a não concessão do crédito fiscal dos valores cobrados através desta infração, por se referirem ao ICMS devido pela importação, realmente se constituiria em crédito para o contribuinte desde quando ele tivesse efetuado oportunamente o recolhimento do tributo devido, o que não ficou comprovado nos autos.

No que concerne à afirmação do autuado de que parte das importações realizadas em 2005 tinham sido realizadas pelo estabelecimento de São Paulo, verifico que além das referidas operações terem ocorrido como o CNPJ do impugnante, este não apresentou nenhum elemento probatório em favor de sua argumentação. Além disso, verifico que também o diligente concluiu que não tinha fundamento esta reclamação defensiva. Observo, no entanto, que em relação à cobrança correspondente ao mês de janeiro de 2004, no valor de R\$ 75.947,27, a autuante concordou, de forma acertada, com a sua exclusão, considerando que as importações realizadas naquele exercício não foram feitas através do Estado da Bahia.

Deste modo, mantenho parcialmente a infração 02, no valor de R\$ 1.683.974,17, excluindo da exigência o valor do débito indicado para o mês de janeiro de 2004, conservando inalterados os demais lançamentos.

A imputação concernente à infração 03 se originou da falta de recolhimento do ICMS decorrente da saída de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA.

Enfatizo que o uso do citado benefício, de acordo com a legislação tributária em vigor, está condicionado à comprovação, por parte da SUFRAMA, da efetiva entrada dos produtos no estabelecimento destinatário.

O RICMS/97 estabelece condições a serem atendidas para a desoneração do ICMS, como segue:

“Art. 29. São isentas do ICMS as operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, exceto armas, munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e açúcar de cana, observado o seguinte (Convs. ICM 65/88 e 45/89, e Convs. ICMS 25/89, 48/89, 62/89, 80/89, 01/90, 02/90 e 06/90):

...

III - a isenção é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário;”

“Art 597. Na saída de produtos industrializados de origem nacional remetidos a contribuinte do ICMS localizado na Zona Franca de Manaus e outras áreas da Amazônia com isenção do imposto, atendidos os critérios e condições previstos para cada caso, a Nota Fiscal será emitida, no mínimo, em 5 vias, que terão a seguinte destinação (Ajuste SINIEF 02/94):

I - a 1^a via, depois de visada previamente pela repartição fiscal deste Estado a que estiver vinculado o contribuinte remetente, acompanhará as mercadorias e será entregue ao destinatário;

II - a 2^a via ficará presa ao bloco, para exibição ao fisco (Ajuste SINIEF 03/94);

III - a 3^a via, devidamente visada, acompanhará as mercadorias e destinar-se-á a fins de controle da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas (Ajuste SINIEF 03/94);

IV - a 4^a via será retida pela repartição do fisco estadual no momento do "visto" a que alude o inciso I (art. 224, § 1º);

V - a 5^a via, devidamente visada, acompanhará as mercadorias até o local de destino, devendo ser entregue, com uma via do Conhecimento, à Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA) (Ajuste SINIEF 03/94) (art. 224, § 1º).

§ 2º Os documentos relativos ao transporte das mercadorias não poderão ser emitidos englobadamente de forma a compreender mercadorias de remetentes distintos.

§ 3º O contribuinte remetente mencionará na Nota Fiscal, no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES”, além das indicações que lhe são próprias, o número da inscrição do estabelecimento destinatário na SUFRAMA, o número do credenciamento a que se refere o § 1º e o código de identificação da repartição fiscal a que estiver subordinado o seu estabelecimento.

§ 4º O contribuinte remetente deverá conservar pelo prazo mencionado no art. 144 os documentos relativos ao transporte das mercadorias, assim como o documento expedido pela SUFRAMA relacionado com o internamento das mercadorias (Ajuste SINIEF 7/97)."

Noto que ao impugnar esta infração, o autuado anexou às fls. 2.974 a 2.992 as cópias reprográficas dos seguintes documentos: das Notas Fiscais de nº.s 4804 (do mês 04/2006) e 6103 e 6128 (07/2006), além dos correspondentes conhecimentos de transporte aéreo e das folhas dos livros Registro de Entrada dos estabelecimentos destinatários autenticadas em cartório, atestando o ingresso dos produtos na Zona Franca de Manaus. Assim, o autuado trouxe elementos suficientes para comprovar que os produtos efetivamente ingressaram na Zona Franca de Manaus e de que realmente ocorreu o trânsito das mercadorias correspondentes às mencionadas notas fiscais.

Acrescento, ademais, que nas notas fiscais em referência constam os números das inscrições dos estabelecimentos destinatários na SUFRAMA, assim como o visto através de selo fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas, o que reforça o entendimento de que as mercadorias efetivamente entraram naquela zona franca. Desta forma, entendo que até prova em contrário, tais documentos se prestam para dar sustentação aos argumentos defensivos, pois apesar da falta de atendimento parcial das exigências previstas no art. 597 do RICMS/97, tais determinações se constituem em obrigações formais. Deste modo, acato a referida documentação, para excluir do montante do débito apurado os valores correspondentes. Considerando, entretanto, que em relação à Nota Fiscal nº. 8183, de dezembro de 2006, não foi trazida nenhuma prova em favor das argüições defensivas, o valor correspondente fica mantido.

Desta forma, mantenho parcialmente a infração 03, no valor de R\$ 320,28, referente ao mês de dezembro de 2006.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **108880.0202/07-3**, lavrado contra **POLYFORM TERMOPLÁSTICOS LTDA**. devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.905.963,13** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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. 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR