

A. I. N^º - 269194.0037/09-5
AUTUADO - BRASKEM S. A.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 12.05.2011

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0108-02/11

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição do fato e sua capituloção legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito a presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis devido a falta de contabilização de entradas, decorrente da diferenças de entradas sem notas, ao passo que a matéria fática é diferença de saídas, omissão de saída. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração NULA. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. 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. Infração não elidida. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 04/05/2010, exige ICMS no total de R\$4.251.910,40, em decorrência das seguintes irregularidades:

1- Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$1.674.653,36, relativo à operação de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2005 e 2006.

2- Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$2.575.682,49, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2007 e 2008.

3- Falta do recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 1.574,55, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O autuado às folhas 192 a 211 impugnou o lançamento tributário, mediante advogado legalmente habilitado nos autos, inicialmente, informa que reconhece a infração 03 e parcialmente as infrações 01 e 02.

Quanto a infração 01, salienta que, conforme se infere da leitura da peça acusatória e dos seus respectivos anexos, o autuante, com base nos registros e documentos fiscais da impugnante, analisou a movimentação, nos exercícios de 2005 e 2006, dos insumos por ela aplicados no seu processo produtivo, constantes de seus estoques.

Exercício de 2005:

PRODUTO METANOL - Reconhece a procedência da autuação no que diz respeito às diferenças de estoque do produto Metanol, apuradas no ano de 2005, visto que não logrou êxito em identificar o motivo da divergência de estoque apontada, pelo que providenciará o recolhimento dos respectivos débitos aos cofres públicos.

PRODUTO PARA-XILENO

Aduz que analisando o demonstrativo elaborado pela Fiscalização, intitulado “ENTRADAS”, verifica-se que, em relação especificamente ao Para-Xileno, o mesmo não contempla a Nota Fiscal nº 279.175, a qual consubstancia uma entrada de 2.703,815 toneladas do produto em questão no estabelecimento da Impugnante. Tal equívoco se deu, provavelmente, pelo simples fato de a referida nota fiscal ter sido emitida no final de dezembro de 2004, sendo que a fiscalização, conforme acima evidenciado, pautou-se nos dados constantes no SINTEGRA no exercício de 2005. A despeito de ter sido emitida em dezembro de 2004, sendo, inclusive, registrada no antigo sistema gerencial da impugnante – BAAN – neste mês, o sistema de custo da autuada somente “importou” os dados relativos à Nota Fiscal nº 279.175 em janeiro de 2005, conforme faz prova o espelho do seu sistema de custos. Tal informação, longe de ser uma mera ilação, pode ser comprovada a partir da análise do seu livro Registro de Entradas referente à competência de janeiro de 2005.

Frisa que, na medida em que for considerada a entrada de 2.703,815 toneladas de Para-Xileno, relativas à Nota Fiscal nº 279.175, restará insubstancial a omissão apontada pela fiscalização, conforme abaixo:

	QUANTIDADE (EM TONELADAS)
ESTOQUE INICIAL	1.478,43
(+) ENTRADAS	45.631,00
(+) PRODUÇÃO	0,00
(-) SAÍDAS	0,00
(-) CONSUMO	45.551,95
(=) ESTOQUE FINAL CONF. LEVANTAMENTO	1.557,48
ESTOQUE FINAL CONF. INVENTÁRIO	1.432,02
OMISSÃO DE SAÍDAS	125,46

Aduz que em vista do resultado decorrente do ajuste efetuado, poderia se supor que teriam ocorrido, em verdade, omissões de saídas, no ano de 2005, em ordem bastante inferior àquela apontada pela fiscalização, no importe de 125,46 toneladas de Para-Xileno. No entanto, tal conclusão é precipitada, não merecendo tampouco persistir.

Questiona: Que interesse teria a impugnante, diante da vultosa quantidade de entradas – 45.631,00 toneladas – em adquirir no mercado interno, sem notas fiscais, 125,46 toneladas de Para-Xileno, o que corresponde a ínfimos 0,27% do total adquirido naquele período?

Acrescento que, certamente, a omissão remanescente após o devido ajuste decorre de entradas 0,27% menores do que as indicadas nas respectivas notas fiscais, as quais foram emitidas com base nas quantidades mensuradas pelos medidores instalados nas tubovias que transportam o produto em comento, em transferência de um dos seus estabelecimentos, sendo transportado das instalações da unidade remetente até a sua planta fabril. As aludidas tubovias, contêm medidores instalados em suas estruturas que permitem aferir a quantidade do produto transportado; os

quais, como quaisquer outros instrumentos de medição, possuem um grau de imprecisão que afeta o volume de produto nele registrado, que ingressa efetivamente no estabelecimento da impugnante, e de cujas informações são emitidas as notas fiscais que acobertam as entradas do Para-Xíleno. A fim de evidenciar o quanto defendido, a impugnante está envidando todos os esforços necessários para localizar as Fichas Técnicas dos instrumentos de medição instalados nas tubovias, os quais comprovam que, em relação a tais aparelhos, deve-se admitir uma margem de imprecisão na medição. Dessa forma, tão logo disponha dos referidos documentos, a Autuada se compromete a juntá-los aos autos.

PRODUTO MONOETILENOGLICOL - MEG

Tal como em relação ao produto anterior, a fiscalização, também no que tange ao MEG, incorreu em erros, pois ao analisar o demonstrativo “SAÍDAS”, verificou que o preposto fiscal considerou as operações consubstanciadas nas Notas Fiscais nºs 4.487 e 4.709, sendo que a primeira reflete, praticamente, a quase totalidade da quantidade de mercadorias que saíram do seu estabelecimento naquele ano. Acontece que a operação de saída consubstanciada na NF nº 4.487 corresponde a uma remessa para armazenagem, corretamente classificada no Código Fiscal de Operações e Prestação (CFOP) 5905 – Remessa para depósito fechado ou armazém geral.

Frisa que nas operações de remessa para armazenagem dentro do próprio Estado, em que o contribuinte apenas estoca, em seu próprio nome, produto em estabelecimento de terceiro adequado para tal fim, não se considera ocorrida circulação da mercadoria, por se entender que o armazém ou depósito figura como uma extensão do próprio remetente. Diante disso, sendo o armazém geral uma mera continuação do estabelecimento remetente, deve ser desprezada, por via de consequência, toda a movimentação ocorrida entre este estabelecimento e o armazém geral.

Excluindo as quantidades de mercadoria consignadas nesta nota fiscal do levantamento quantitativo de estoque, tem-se o seguinte:

	QUANTIDADE (EM TONELADAS)
ESTOQUE INICIAL	625,89
(+) ENTRADAS	23.093,58
(+) PRODUÇÃO	0,00
(-) SAÍDAS	0,00
(-) CONSUMO	23.103,45
(=) ESTOQUE FINAL CONF. LEVANTAMENTO	616,02
ESTOQUE FINAL CONF. INVENTÁRIO	576,25
OMISSÃO DE SAÍDAS	39,77

Em vista do resultado decorrente do ajuste efetuado, poderia se supor que teriam ocorrido, desta vez não mais omissões de entradas, mas omissões de saídas no ano de 2005, na ordem de 39,77 toneladas de Monoetilenoglicol. Ocorre, todavia, que a diferença de estoque resultante do ajuste realizado corresponde, em verdade, a incertezas de medição que, se tivessem sido computadas pela fiscalização, anulariam completamente a citada diferença de estoque.

Salienta que, conforme apurado pelo próprio auditor fiscal autuante, no exercício de 2005, foram adquiridos no mercado interno 23.093,58 toneladas de MEG, as quais lhe foram remetidas pelos seus fornecedores através de transporte rodoviário de cargas. Sucedeu que, em face do meio de transporte utilizado, a quantidade de MEG recebida pela impugnante variava em razão das incertezas decorrentes dos aparelhos de medição utilizados para fins de pesagem das quantidades de mercadorias transportadas nos caminhões por meio dos quais era feito o seu deslocamento entre o estabelecimento do fornecedor e suas instalações, e com base nos quais foram emitidas as Notas Fiscais que respaldaram o registro de tal mercadoria em seu estoque.

Com efeito, a pesagem da quantidade carregada no caminhão, que era remetida e que servia de base para a emissão das notas fiscais de saída, só era feita após o veículo estar cheio, através de balança rodoviária instalada no pátio da fábrica dos estabelecimentos remetentes. A balança rodoviária, entretanto, é um instrumento de medição muito menos preciso que os demais, admitindo um grau de incerteza normal correspondente a até 5% para mais ou para menos, das quantidades transportadas.

Como se trata de um instrumento de medição muito comum nos postos fiscais de fronteira, existe inclusive normatização acerca dos percentuais admissíveis de variação das pesagens efetuadas por balanças rodoviárias. É o que se depreende da leitura da Lei Federal nº 7.048/85, que permite a tolerância de 5% na pesagem de carga em veículos de transporte, a qual transcreveu, conforme abaixo:

'Art. 1º - Fica permitida a tolerância máxima de 5%(cinco por cento) sobre os limites do peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas.

Art. 2º - Somente poderá haver autuação, por ocasião da pesagem do veículo nas balanças rodoviárias, quando o veículo ultrapassar os limites fixados nesta Lei.' (grifo da defesa)

No caso em apreço foram recebidas 23.093,58 toneladas de Monoetilenoglicol no período fiscalizado, quantidade esta que corresponde àquela indicada nas Notas Fiscais de Saída emitidas com base na medição dos caminhões, a impugnante estaria autorizada a considerar como normais as diferenças de estoque equivalentes a até 1.154,68 toneladas (5% do total das entradas). Considerando que, após o ajuste proposto pela autuada, remanesceu uma diferença de estoque na ordem de 39,77 toneladas de MEG, o que equivale a apenas 0,17% do total das entradas ocorridas em 2005 – percentual bastante inferior ao legalmente admitido – outra não pode ser a conclusão senão a de que resta totalmente insubsistente a diferença de estoque ora combatida.

Ao finalizar, em relação ao exercício de 2005, diz que não existe diferença alguma de estoque de Monoetilenoglicol, pelo que não há que se cogitar em omissão de entradas, como equivocadamente entendeu o autuante.

No tocante ao exercício de 2006:

PRODUTO MONOETILENOGLICOL

Em relação às entradas, tal como em relação ao levantamento de estoque realizado no ano de 2005, em relação ao produto em questão, o preposto fiscal contabilizou – equivocadamente, ressalte-se – operações realizadas com armazéns gerais situados neste Estado, as quais, por certo, não devem consideradas para fins de apuração do estoque. Ao analisar o demonstrativo “ENTRADAS”, constata-se que o autuante, equivocadamente, contabilizou diversas operações relativas ao retorno de mercadoria anteriormente remetida para armazém geral, corretamente classificadas no CFOP 1906 – *Retorno de mercadoria remetida para depósito fechado ou armazém geral*. Foi valendo-se de tal premissa que o preposto fiscal considerou o ingresso de 3.381,73 toneladas de MEG no estabelecimento da Impugnante, todas estas relativas ao retorno de mercadorias de armazém geral. Acontece que, sendo o armazém geral uma mera continuação do estabelecimento remetente, deve ser desprezada, por via de consequência, toda a movimentação ocorrida entre este estabelecimento e o armazém geral. Assim, o montante de 3.381,73 toneladas deve ser abatido do total das entradas de MEG no ano de 2006, cujo somatório, após a dedução do aludido valor, passa a perfazer a quantia de 20.562,16 toneladas.

Quanto às saídas, ao analisar o demonstrativo intitulado “SAÍDAS” elaborado pela fiscalização, verificou que o preposto fiscal, em relação às operações de saídas, também considerou, indevidamente, em seu levantamento as remessas de MEG para armazenagem dentro do próprio Estado.

De fato, do total das saídas contabilizadas pela fiscalização – 3.489,10 ton. – tem-se que a quase totalidade destas – 3.487,92 ton. – refere-se a uma operação de remessa de mercadoria para armazém geral localizado neste Estado, consubstanciada na Nota Fiscal nº 10.713. Assim, em face

dos robustos argumentos acima aduzidos, o montante de 3.487,92 toneladas deve ser excluído do levantamento quantitativo de estoque realizado pela fiscalização, por se tratar, conforme visto, de operação de remessa de mercadoria para armazém geral situado neste Estado.

Procedendo-se aos ajustes ora propostos no levantamento quantitativo de estoque, tem-se o seguinte panorama:

	QUANTIDADE (EM TONELADAS)
ESTOQUE INICIAL	576,25
(+) ENTRADAS	20.562,16
(+) PRODUÇÃO	0,00
(-) SAÍDAS	1,18
(-) CONSUMO	20.364,93
(=) ESTOQUE FINAL CONF. LEVANTAMENTO	772,30
ESTOQUE FINAL CONF. INVENTÁRIO	768,90
OMISSÃO DE SAÍDA	3,40

Reitera o argumento relativo a balança rodoviária e diz ser totalmente plausível que a entrada real do produto no estoque seja menor do que a saída mensurada pelo estabelecimento remetente, e com base na qual é emitida a NF de Saída, em até 5%, já que esta é aferida através de balança rodoviária. Nesse contexto, aplicando-se o percentual de 0,02% (ressalta ser bastante inferior ao percentual admitido pela legislação) sobre as 20.562,16 toneladas de MEG adquiridas pela Impugnante no período fiscalizado, também se anula totalmente a diferença de estoque identificada pela fiscalização, ora combatida, conforme abaixo:

	QUANTIDADE (EM TONELADAS)
ESTOQUE INICIAL	576,25
(+) ENTRADAS	20.558,76
(+) PRODUÇÃO	0,00
(-) SAÍDAS	1,18
(-) CONSUMO	20.364,93
(=) ESTOQUE FINAL CONF. LEVANTAMENTO	768,90
ESTOQUE FINAL CONF. INVENTÁRIO	768,90
OMISSÃO DE SAÍDA	0,00

Na infração 02, se manifestou por tipo de produto.

METANOL - reconhece a procedência da autuação no que diz respeito às diferenças de estoque do produto Metanol, apuradas no ano de 2007, visto que não logrou êxito em identificar o motivo da divergência de estoque apontada, pelo que providenciará seu recolhimento aos cofres públicos.

TEREFALATO DE POLIETILENO – esclarece que em relação às omissões apuradas nos exercícios de 2007 e 2008, em que pese o fato de não ter conseguido identificar, dentro do prazo legalmente conferido para a apresentação da presente impugnação, as justificativas e os documentos hábeis para elidir a acusação fiscal, em meio aos seus arquivos, está convicta de que não violou a legislação de regência do imposto, posto que certa está de que promoveu corretamente a movimentação do seu estoque no que tange ao produto em questão, nos exercícios de 2007 e 2008. Diz que, por meio do pessoal alocado em seu setor fiscal, continua envidando todos os esforços necessários para identificar tais documentos nos seus arquivos, os quais certamente demonstrarão a lisura dos procedimentos por ela adotados em relação aos estoques fiscalizados.

ÁCIDO ISOFTÁLICO - aduz que a fiscalização não levou em consideração algumas peculiaridades que envolvem a movimentação dos estoques da impugnante ao elaborar o levantamento que deu origem à diferença de estoque por ele apurada no exercício de 2007.

Relativamente à movimentação de estoque do Ácido Isofítálico no ano de 2007, o autuante apurou omissões de saídas em quantidade correspondente a 14,99 toneladas, aduz que, antes de adentrar no mérito do levantamento quantitativo realizado pelo autuante, esclarece que o Ácido Isofítálico trata-se de matéria-prima importada, cujo desembaraço, via de regra, ocorria em outra Unidade Federada, através do representante comercial do fornecedor situado no exterior. Uma vez desembaraçada a mercadoria no competente posto alfandegário, esta era submetida à medição da quantidade importada, cuja aferição, por conseguinte, respaldava a emissão da nota fiscal de saída emitida pela empresa representante comercial do vendedor alienígena. Diante disto, é evidente que a referida diferença de estoque decorre das incertezas normais de medição das quantidades que a impugnante adquire dos seus fornecedores, conforme restará demonstrado.

Prosseguindo, diz que o Ácido Isofítálico é um produto adquirido pela impugnante, no exterior, em sacas de 50 kg. A referida mercadoria é transportada das instalações do fornecedor, primeiramente, de navio, até o porto através do qual ingressa no território nacional. Em seguida, a dita mercadoria, uma vez desembaraçada, segue do porto onde adentra no País até o estabelecimento da impugnante através de transporte rodoviário de cargas. E assim como acontece com o MEG, a pesagem da quantidade carregada no caminhão serve de base para emissão da nota fiscal de saída pela impugnante.

No entanto, a balança rodoviária é um instrumento de medição que possui um grau de incerteza normal de até 5%, para mais ou para menos, das quantidades transportadas. Deste modo, é totalmente plausível que a entrada real do produto no estoque da Impugnante seja menor do que a saída mensurada por meio da balança rodoviária (com base na qual é emitida a NF de Saída que serve de base para o registro da entrada da mercadoria no seu estabelecimento), em até 5%, diante da imprecisão normal que acomete este instrumento de medição.

Nesse contexto, aplicando-se o percentual de 3,57% (percentual notoriamente inferior àquele admitido pela legislação) sobre as 420,00 toneladas de Ácido Isofítálico adquiridas pela Impugnante no período fiscalizado, também se anula totalmente a diferença de estoque identificada pela fiscalização, ora combatida.

Ao final, requer a realização de diligência e a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 259 a 263, acatou parcialmente os argumentos defensivos, analisando que produto objeto do levantamento quantitativo, por infração.

Quanto a infração 01, exercício de 2005, produto PARA-XILENO, não acatou o argumento defensivo, aduzindo que não foi acostado aos autos a cópia da Nota Fiscal nº 279.175.

Para o produto MONOETILENOGLICOL, também no exercício de 2005, diz que acata os argumentos da defesa quanto a movimentação do estoque entre o seu estabelecimento e o armazém geral para o qual enviou quantidades deste insumo, considerando o segundo como uma extensão do primeiro. Após refazer os cálculos chegou a uma diferença remanescente, agora como omissão de saídas de 39,77 toneladas do produto em questão e, ao contrário do argumento defensivo, esta diferença não pode ser desprezada e tratada como um mero erro de medição, pois uma diferença desta magnitude, cujo preço unitário médio de entrada foi de R\$ 2.492,00, totalizando R\$ 99.106,94, que não é em absoluto diminuto.

Frisa que, mesmo que tentasse entender o argumento da defesa, uma diferença deste quilate não poderia passar desapercebida, sendo necessário o devido ajuste de inventário. Ademais, caso os medidores de vazão desta matéria prima estivessem sujeitos a tal variação que gerassem diferenças de estoque, seria necessário parecer de órgão oficial de metrologia comprovando esta possibilidade de variação. Além disso, se as balanças de medição não são confiáveis deveria o autuado utilizar outro equipamento para conferir as quantidades.

Em relação ao exercício de 2006, frisa que somente ocorreu diferença para o produto MONOETILENOGLICOL e que da mesma maneira que acatou os argumentos defensivos relativos a

movimentação de estoques entre o estabelecimento autuado e o armazém geral, procedeu a revisão dos levantamentos chegando a uma diferença remanescente, agora como omissão de saídas de 3,40 toneladas do produto em questão e, ao contrário do argumento defensivo, esta diferença não pode ser desprezada.

Em relação a infração 02, ressalta que foram detectadas diferenças (omissões de saída) apenas para os exercícios de 2007 e 2008, sendo o primeiro ano encontradas divergências para os insumos ácido isoftálico, metanol e tereftalato de polioetileno. No segundo ano, apenas para o produto tereftalato de polioetileno.

Frisa que a defesa reconheceu a diferença em relação ao produto metano.

Para o produto tereftalato de polioetileno, em ambos os exercícios, reconhece a autuada não ter conseguido justificar as irregularidades apontadas no Auto de Infração.

Assevera que apenas para o produto ácido isoftálico houve justificativa, entretanto, diz que ao contrário do que procura demonstrar a empresa, esta diferença de aproximadamente 15 toneladas não pode ser desprezada e tratada como meros erros de medição, pois além da diferença ter relevância em relação a quantidade total adquirida no período, se observar o lado financeiro, o impacto é ainda maior. O preço unitário médio de saída foi de R\$6.084,19 proporcionando um valor total de saída de R\$91.202,01. Tal diferença não poderia ter passado desapercebida pelo contribuinte, o qual deveria ter realizado o ajuste no inventário.

Ressalta que, mais do que nunca, se os medidores de vazão desta matéria prima estivessem sujeitos a tal variação que gerasse diferenças de estoque desta monta seria também necessário parecer de órgão oficial de metrologia comprovando esta possibilidade de variação.

Salienta, mais uma vez, que se as balanças de medição não são confiáveis deveria o autuado utilizar outro equipamento de pesagem para aferir com precisão o peso dos produtos, entendendo que deve ser mantida a diferença de 14,99 toneladas.

Ao final, opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação defensiva, fls. 267 a 285, o impugnante diz que na peça defensiva anterior evidenciou a improcedência dos débitos consubstanciados nas infrações 01 e 02, asseverando, em suma, que:

- no tocante a Infração 01, com relação ao produto PARA-XILENO, as omissões apuradas pela fiscalização decorreram (1) da desconsideração, pelo auditor fiscal autuante, da Nota Fiscal nº 279.175, a qual consubstancia uma entrada de 2.703,815 ton., bem como (2) das imprecisões dos instrumentos de medição instalados nas tubovias;
- ainda referente a Infração 01, quanto às diferenças relativas ao MONOETILENOGLICOL, a fiscalização, equivocadamente, levou em consideração as entradas e saídas do produto em questão para armazéns gerais, sendo certo que nas operações para armazenagem dentro do próprio Estado, não se considera ocorrida circulação da mercadoria, por se entender que o armazém ou depósito figura como uma extensão do próprio remetente. Ademais, foram desconsideradas as incertezas de medição das balanças rodoviárias utilizadas na pesagem do produto, cujas informações servem de base para a emissão de notas fiscais de saídas;
- já no que concerne a Infração 02, especificamente no tocante ao produto ÁCIDO ISOFTÁLICO, as omissões de saída apontadas pela fiscalização são decorrentes da imprecisões dos instrumentos de medição, especificamente da balança rodoviária, a qual possui um grau de incerteza normal de até 5%;
- por fim, com relação aos débitos relativos ao TEREFTALATO DE POLIETILENO, em que pese o fato não ter conseguido identificar, dentro do prazo legalmente conferido para a apresentação da competente impugnação, as justificativas e os documentos hábeis para

elidir a acusação fiscal, certa está de que não violou a legislação de regência do imposto, razão pela qual protestou pela juntada posterior da aludida documentação.

Aduz que, mesmo tendo revisto parcialmente o lançamento decorrente da infração capitulada nos item 01 da peça acusatória, o que implicou na redução do valor autuado, o fiscal, através da sua informação fiscal, tentou, sem qualquer fundamento legal, convencer essa Ilustre Junta de Julgamento da procedência do auto de infração em tela, relativamente à parcela que remanesceu após os ajustes efetuados.

Quanto as omissões de entradas apontadas nos anos de 2005 e 2006, infração 01, frisa que na sua peça impugnatória, a autuada combateu o item 01 do auto de infração, no que tange às diferenças relativas ao Para-Xileno e ao MEG, entretanto, o fiscal reviu apenas parcialmente o lançamento consubstanciado no vergastado item 01, reconhecendo, pois, a improcedência do lançamento quanto ao MEG, tanto no exercício de 2005 (parcial), como em 2006 (total). Ocorre, entretanto, que a manutenção integral da exigência fiscal em relação ao Para-Xileno e parcialmente do MEG pelo preposto fiscal encontra-se totalmente equivocada, posto que, conforme restou demonstrado na defesa outrora apresentada, não houve qualquer omissão na movimentação do estoque dos aludidos produtos por parte da Manifestante.

Passa a rechaçar os argumentos sustentados pela fiscalização no bojo da informação fiscal apresentada, tratando de forma individualizada os produtos listados no levantamento fiscal e separando por exercício, conforme segue.

Exercício de 2005

Produto PARA-XILENO – a fiscalização apurou uma suposta omissão de entradas na ordem de 2.578,36 toneladas do produto. Ocorre, entretanto, que, em que pese a seriedade com a qual foram conduzidos os trabalhos da fiscalização, a ora Manifestante logrou êxito em demonstrar, na impugnação apresentada, que a omissão apontada pelo Sr. Fiscal Autuante decorreu:

- (1) da desconsideração da Nota Fiscal nº 279.175, a qual consubstancia uma entrada de 2.703,815 ton., bem como
- (2) das imprecisões dos instrumentos de medição instalados nas tubovias.

Argumenta que, apesar de a Manifestante entender que os documentos acostados à impugnação fazem prova inequívoca da lisura dos procedimentos por si adotados, o Sr. Auditor Fiscal Autuante, de maneira diversa, entendeu que “*sem a apresentação de cópia da suposta nota fiscal 279.175, não há como se acatar as razões trazidas a este Processo Administrativo Fiscal – PAF quanto às divergências exibidas quanto a esta matéria prima*”.

Informa que em homenagem ao princípio da verdade material, paradigma do processo administrativo fiscal, colaciona aos autos, nesta oportunidade, cópia da aludida Nota Fiscal nº 279.175, fl. 286. Diante disso, fica demonstrado, pois, de forma clara e definitiva, a aquisição de 2.703,815 toneladas de Para-Xileno, cujo ingresso no estabelecimento da Autuada não foi contabilizada pela fiscalização.

Ante o resultado obtido após o ajuste efetuado, considerando-se a indigitada nota fiscal ora colacionada, caberia a suposta ilação de que, em verdade, teriam ocorrido omissões de saídas, no ano de 2005, no importe de 125,43 toneladas do produto *sub examine*. No entanto, é precipitada qualquer conclusão neste sentido, pois, diante da vultosa quantidade de entradas do produto Para-xileno – 45.631,00 toneladas, não é razoável admitir interesse do contribuinte em adquirir no mercado interno, sem notas fiscais, a quantidade ínfima de 125,46 toneladas do produto, que corresponde à irrisória proporção de 0,27% do total adquirido naquele período.

Reitera o produto em questão é recebido em transferência de um dos seus estabelecimentos, sendo transportado das instalações da unidade remetente até sua planta fabril por meio de tubovias, e medidos através de instrumentos instalados na sua estrutura, que permitem aferir a

quantidade do produto transportado. Ocorre que, assim como quaisquer outros instrumentos de medição, apresentam certo grau de imprecisão, não reproduzindo com exatidão o volume de produto que efetivamente ingressa no estabelecimento da Manifestante.

Produto MONOETILENOGLICOL (MEG)

No que tange às omissões apontadas pelo autuante em relação ao produto em voga, a Manifestante, na impugnação apresentada, evidenciou que a fiscalização, equivocadamente, levou em consideração operações de saídas para armazéns gerais, sendo certo que nas operações para armazenagem dentro do próprio Estado, não se considera ocorrida circulação da mercadoria, por se entender que o armazém ou depósito figura como uma extensão do próprio remetente. Outrossim, evidenciou a Manifestante naquele instrumento de defesa que foram desconsideradas, pela fiscalização, as incertezas de medição das balanças rodoviárias. Em que pese a robustez jurídica dos argumentos então aduzidos, o preposto fiscal reviu o lançamento original apenas parcialmente, manifestando-se nos seguintes termos:

'Acatarei os argumentos da defesa quanto à movimentação de estoques entre o seu estabelecimento e o armazém geral (...) considerando o segundo como uma extensão do primeiro.

Assim procedendo, após refazer os cálculos, chega-se a uma diferença remanescente, agora como omissão de saídas de 39,77 toneladas de monoetilenoglicol e, ao contrário do que procura demonstrar a empresa, esta diferença não pode ser desprezada e tratada como um mero resultado de erros de medição, pois uma diferença dessa magnitude (...) monta a um valor de R\$ 99.106,84, que não é, em absoluto, diminuto
(grifamos).'

Verifica-se que o fiscal ignorou as imprecisões normais dos instrumentos de medição, afirmindo, expressamente, que a diferença remanescente de 39,77 toneladas corresponde a uma diferença de grande “magnitude”, considerando que, conforme demonstrado na impugnação apresentada, tal diferença equivale a apenas 0,17% do total das entradas ocorridas em 2005. Ademais, não se deve olvidar que o Monoetilenoglicol é deslocado, do estabelecimento do fornecedor até as instalações da Autuada, por meio de transporte viário e que, portanto, as quantidades de mercadorias transportadas nos caminhões são aferidas através de balanças rodoviárias, cujas informações respaldam a emissão das Notas Fiscais correspondentes.

Reitera que as balanças rodoviárias são instrumentos de medição que possuem um grau de incerteza natural; tanto o é, que o próprio legislador federal, ao editar a Lei Federal nº. 7.408/85, admitiu uma tolerância de até 5% na pesagem de carga em veículos de transporte. Desta forma, considerando que a diferença residual de 39,77 toneladas do MEG corresponde a, tão somente, 0,17% da quantidade total do produto adquirido no período, não se sustenta a pretensa manutenção do lançamento do ICMS supostamente devido pela Autuada.

Frisa que a margem de tolerância deve ser aferida em face da quantidade (peso) e não do valor (preço) da mercadoria, como entendeu o autuante na informação fiscal.

Em relação a infração 02, reiterou que reconhece a procedência das diferenças de estoque do produto Metanol, apuradas no ano de 2007, reiterou, também, os argumentos em relação aos produtos os Ácido Isoftálico e Tereftalato de Polietileno, entendendo que deveria ser considerado os relatórios de estoque.

Como os autos não foram enviados ao autuante, para prestar nova informação fiscal, em pauta suplementar, foi decidido converter o PAF em diligência para produção da referida informação fiscal.

Atendendo ao solicitado na diligência, o autuante às folhas 349 a 352, em relação a infração 01, para o produto PARA-XILENO, destaca que o autuando, desta vez, apresentou a Nota Fiscal nº 279.175, comprovando a entrada de 2.703,815 toneladas do referido produto, a qual acata para inclusão no levantamento, restando uma diferença de 125,46 toneladas, passado de diferença de entradas para diferença de saídas, reduzindo o ICMS para R\$ 60.401,46, fl. 351.

Em relação ao produto Monoetilenoglicol, reiterou que a infração passou de omissão de entradas para omissão de saídas, reduzindo o ICMS para R\$ 16.336,15, fl. 351.

No tocante a infração 02, reiterou os argumentos anteriores.

O autuado recebeu cópia do resultado da diligência e foi intimado para se manifestar.

Em sua 3^a manifestação defensiva, fls. 356 a 366, o autuado reitera os argumentos anteriores, acrescendo o que segue.

Infração 01, no exercício de 2005, para o produto PARA-XILENO, frisa que a persistência na cobrança, após a revisão fiscal, é totalmente descabida, pelas razões que passou a expor.

1º) Não é possível exigir do contribuinte o débito apontado, uma vez que a infração que ora lhe é imputada não foi devidamente capitulada na peça acusatória do Auto de Infração em lide, muito menos foi efetuado o lançamento do imposto devido em decorrência da apuração de eventuais omissões de saídas.

Ressalta que somente foi capitulada no Auto de Infração em tela, a infração relativa às omissões de entradas de mercadorias apuradas durante o exercício de 2005, tendo sido calculado e lançado o imposto devido com relação apenas a tal infração.

Frisa que, caso a fiscalização pretenda persistir na cobrança deste inusitado débito, que na sua essência também se mostra indevido, deverá promover novo lançamento fiscal e, consequentemente, possibilitar a abertura de um novo processo administrativo fiscal, para que a autuada possa exercitar seu direito à ampla defesa e ao contraditório com relação a esta específica infração. Sendo assim, apenas por esta razão, já se afigura totalmente insubstancial a cobrança de qualquer saldo remanescente em decorrência das supostas omissões de saída do produto em questão.

2º) Mesmo que fosse possível realizar tal exigência, esta será improcedente, pois a referida diferença não decorre de omissão de saídas do produto, mas sim de meras imprecisões nos seus instrumentos de medição.

Quanto ao produto MONOETILENOGLICOL (MEG), reiterou os argumentos anteriores.

Relativa a infração 02, diz que reitera seus argumentos anteriores.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 03 (três) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu integralmente a infração 03. Portanto, não existe lide em relação à referida imputação, estando caracterizada.

Assim, a lide no presente caso encontra-se restrita às acusações 01 e 02, consignadas no Auto de Infração.

Na infração 01, é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o imposto, relativo à operação de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2005 e 2006.

Inicialmente passo a analisar o exercício de 2005 em sua defesa o autuado reconheceu a procedência da autuação no que diz respeito às diferenças de estoque do PRODUTO METANOL, apuradas no ano de 2005, com ICMS devido no valor de R\$ 14.810,62.

Quanto ao PRODUTO PARA-XILENO, observo que na primeira manifestação defensiva o impugnante não acostou aos autos a cópia da nota fiscal para comprovar sua alegação de que a fiscalização

não teria considerado a Nota Fiscal nº 279.175. Entretanto, em sua 2ª manifestação defensiva acostou cópia da nota fiscal à folha 286.

Analisando o referido documento fiscal constatei que o mesmo foi emitido em 28/07/2005, destinando 2.703.815,000 KG do produto em tela para o contribuinte autuado, sendo uma operação de transferência entre estabelecimentos localizados no Pólo Petroquímico de Camaraçí, fato que, em meu entender, comprova a entrada das referidas quantidades no estabelecimento autuado.

Tendo a defesa comprovado a entrada do produto em seu estabelecimento, mediante apresentação da nota fiscal e do livro Registro de Entradas Nº 02, cópias acostadas às folhas 226 a 229, comprovando o respectivo registro fiscal da nota em questão, entendo que não resta dúvida que a quantidade indicada deve ser considerada no levantamento das entradas relativo ao procedimento de auditoria de estoque realizada pela fiscalização.

Ao considerar o referido documento, de forma acertada, o autuante revisou seus levantamentos e constatou que não existia diferença de entradas sem nota fiscal. O que efetivamente foi constatado foram saídas sem notas fiscais, para o PRODUTO PARA-XILENO, de 125,46 toneladas, com ICMS devido no valor de R\$ 60.401,46, fl. 351.

Relativa ao PRODUTO MONOETILENOGLICOL – MEG, entendo razão assistir ao impugnante, pois restou comprovado que foi incluída no levantamento das saídas a quantidade consignada Nota Fiscal nº 4.487, quando em verdade trata-se de remessa para armazenagem dentro do próprio Estado.

Nesta situação ocorreu apenas a estocagem pelo contribuinte autuado em seu próprio nome, deste modo, não se considera ocorrida circulação da mercadoria, por se entender que o armazém ou depósito figura como uma extensão do próprio remetente. Caso a fiscalização considerasse as saídas, também deveria ter considerados os respectivos retornos.

O próprio autuante, em sua primeira informação fiscal, acatou o argumento defensivo e refez o demonstrativo.

No demonstrativo refeito pelo autuante, restou comprovado que não mais existia a imputação consignada da infração, qual seja, entrada sem nota fiscal. Restou comprovado que existiram saídas sem notas fiscais, para o PRODUTO MONOETILENOGLICOL – MEG, 39,77 toneladas, com ICMS devido no valor de R\$ 16.336,15, fl. 351.

Logo, após as revisões realizadas pelo autuante, o demonstrativo do levantamento quantidade passou a apresentar a seguinte configuração:

PRODUTO	ICMS-DIF. DE ENTRADAS	ICMS-DIF. DE SAÍDAS
PARA-XILENO		60.401,46
MONOETILENOGLICOL – MEG		16.336,15
METANOL	14.810,62	
TOTAL	14.810,62	76.737,61

Observo que passaram a existir omissões tanto de Entradas como de Saídas de mercadorias, sendo o valor da omissão de saídas maior do que o da omissão de entradas.

Nesta situação, determina que a Portaria Nº 445 de 10 de agosto de 1998, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, contendo orientações relativas aos trabalhos de auditoria fiscal de estoques em estabelecimentos comerciais e industriais, estabelece no Art. 13, inciso I, que nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas.

No exercício de 2006, no tocante ao PRODUTO MONOETILENOGLICOL, em sua defesa o contribuinte alega que não existe diferença de entradas, aduzindo que o autuante incluiu, indevidamente, algumas notas fiscais de entradas e outras relativas às saídas.

Na informação fiscal o autuado acatou os argumentos e refez os demonstrativos.

No demonstrativo refeito pelo autuante, para o exercício de 2006, restou comprovado que não mais existia a imputação consignada da infração, qual seja, entrada sem nota fiscal. Na realidade foi apurada a existência de saídas sem nota fiscal, como também no exercício de 2005.

Por sua vez a defesa argüiu nulidade em relação a tal cobrança, alegando não ser possível exigir do contribuinte o débito resultante da revisão fiscal, uma vez que a infração (omissão de saídas) que ora lhe é imputada não foi devidamente capitulada na peça acusatória do Auto de Infração em lide, infração 01. Ressaltou que somente foi capitulada no Auto de Infração em tela, a infração relativa às omissões de entradas de mercadorias apuradas durante o exercício de 2005, tendo sido calculado e lançado o imposto devido com relação apenas a tal infração.

Sustentou, ainda, a defesa, que caso a fiscalização pretenda persistir na cobrança deste inusitado débito, que na sua essência também se mostra indevido, deverá promover novo lançamento fiscal e, consequentemente, possibilitar a abertura de um novo processo administrativo fiscal, para que a autuada possa exercitar seu direito à ampla defesa e ao contraditório com relação a esta específica infração. Sendo assim, apenas por esta razão, já se afigura totalmente insubstancial a cobrança de qualquer saldo remanescente em decorrência das supostas omissões de saída do produto em questão.

Entendo razão assistir ao impugnante, devendo ser acatada a preliminar de nulidade, uma vez que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação de presunção devida a falta de contabilização de entradas, decorrente das diferenças de entradas sem notas, ao passo que a matéria fática é diferença de saídas, omissão de saída. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, sendo NULA a infração 01.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2007 e 2008.

Em relação ao exercício de 2006, em sua defesa o autuado reconheceu a procedência da autuação no que diz respeito às diferenças de estoque do PRODUTO METANOL, portanto, não mais existe lide em relação ao produto.

Quanto ao produto TEREFALATO DE POLIOETILENO, a defesa reconhece que não conseguiu encontrar as justificativas e os documentos para provar que não existe a diferença apurada pela fiscalização, simplesmente nega o cometimento da infração, o que não é capaz de elidir a imputação.

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, o referido produto deve ser mantido na infração, nos dois exercícios, 2007 e 2008.

No tocante ao produto ÁCIDO ISOFTÁLICO, as omissões de saída apontadas pela fiscalização são decorrentes das imprecisões dos instrumentos de medição, especificamente da balança rodoviária, a qual possui um grau de incerteza normal de até 5%.

Efetivamente a Lei nº 7.408/85 permite a tolerância de 5% (cinco por cento) na pesagem de carga em veículos de transporte, sobre os limites de peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas, ou seja, apenas regulamenta o transporte rodoviário de cargas nas rodovias federais.

Portanto, a citada lei não trata de nenhuma norma tributária. Assim, entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que a defesa não acostou aos autos nenhum laudo técnico para comprovar que ocorreu a referida perda do produto.

Como bem ressaltou o autuante, uma diferença de aproximadamente 15 toneladas não pode ser desprezada e tratada como meros erros de medições, pois além da diferença ter relevância em relação a quantidade total adquirida no período, se observar o lado financeiro, o impacto é ainda maior. O preço unitário médio de saída foi de R\$ 6.084,19 proporcionando um valor total de saída de R\$91.202,01. Tal diferença não poderia ter passado desapercebida pelo contribuinte, o qual deveria ter realizado o ajuste no inventário.

Em sua defesa o autuado reconheceu a procedência em relação ao produto METANOL, exercício de 2007, impugnando os demais produtos e o levantamento relativo ao exercício de 2008.

No tocante ao relatório interno, fls. 288 a 342, para comprovar sua alegação de que não existem as diferenças apontadas no levantamento fiscal. Apesar de constar o estoque inicial, entradas, produção, consumo, transferência de estoque e estoque final de cada produto, o mesmo não faz nenhuma referência as notas fiscais de entrada e saída do produto, como reconheceu a própria defesa à folha 282. De igual modo, a defesa alegou que estava providenciando os referidos documentos fiscais para comprovar sua tese.

Observo que o contribuinte foi intimado da autuação em 06 de maio de 2010, quase um ano atrás. Decorrido mais de 11 (onze) meses o sujeito passivo não apresentou as notas fiscais para comprovar os dados constantes no referido relatório interno.

Ressalto que o impugnante, em sua última manifestação, fl. 283, que todos os documentos encontram-se a disposição da fiscalização. Entretanto, caberia a impugnante, ao receber as cópias dos levantamentos fiscais, apontar de forma clara, qual o documento fiscal que, no seu entender, não teria sido considerado corretamente pela fiscalização.

Portanto, não posso acolher um relatório interno da empresa, na situação em lide, uma vez que, conforme já acima mencionado, além de não apresentar as notas fiscais, a própria defesa reconheceu, folha 282 dos autos, que é necessário identificar, localizar e avaliar, individualmente cada nota fiscal, para que fosse confrontada com as informações contidas nas planilhas.

Ademais, devo ressaltar que o sujeito passivo reconheceu, de forma expressa, à folha 282 dos autos, que existem informações equivocadas contidas no controle interno apresentado pelo contribuinte quando da fiscalização.

Por tudo acima exposto, entendo que os relatórios internos, fls. 288 a 342, não são capazes de elidir a autuação.

Assim, a infração 02 restou caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$2.577.257,04, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
1	NULA	0,00
2	PROCEDENTE	2.575.682,49
3	PROCEDENTE	1.574,55
TOTAL		2.577.257,04

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE PARTE** o Auto de Infração nº 269194.0037/09-5, lavrado contra **BRASKEM S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.577.257,04**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.574,55 e 70% sobre R\$2.575.682,49, previstas no artigo 42, I, “a” e III, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta 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, 28 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR