

A. I. N ° - 279196.0003/07-9
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTE - JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 09. 09. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0248-01/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo à material de uso e consumo que o autuado alega se tratarem de insumos. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. É devido o pagamento da diferença do imposto entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso, consumo do estabelecimento autuado. Infração subsistente. 3. DIFERIMENTO. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE UTILIDADES. RECOLHIMENTO A MENOS. O valor exigido representa o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade atribuída ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter se encerrado em seu estabelecimento a fase de diferimento. A escrituração no livro fiscal do montante lançado, quando o contribuinte se encontrava sob ação fiscal, não desobriga o contribuinte da obrigação do pagamento do imposto apurado. 4. EXPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA SAÍDA PARA O EXTERIOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Procedida a exclusão das operações que foram objeto de comprovação da exportação. Infração parcialmente subsistente. 5. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo comprovou o internamento das mercadorias endereçadas a empresas localizadas na Zona Franca de Manaus. Infração não caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 14.12.2007, lança crédito tributário de ICMS no valor total de R\$ 812.206,51, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades:

Infração 01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2005 e janeiro, fevereiro e outubro a dezembro/2006. Sendo lançado o crédito tributário no valor de R\$ 290.556,56, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos meses de janeiro de 2005 e janeiro, fevereiro e dezembro/2006. Sendo lançado o crédito tributário no valor de R\$ 60.667,17, acrescido da multa de 60%.

Infração 03 - recolhimento a menos do ICMS exigido através do regime de substituição tributária por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Consta, que o recolhimento é oriundo de operações de aquisições de utilidades de outro estabelecimento da Braskem, sujeitas ao diferimento, com encerramento na entrada do estabelecimento do autuado nos meses de outubro e novembro de 2006. Sendo lançado o crédito tributário no valor de R\$ 22.309,12, acrescido da multa de 60%.

4. Deixou de recolher ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de guias ou registros de exportação nos meses de maio, julho, novembro e dezembro de 2005 e maio e setembro de 2006. Sendo lançado o crédito tributário no valor de R\$ 247.415,53, acrescido da multa de 60%.

5. Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício fiscal de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA nos meses de julho e dezembro de 2005 e fevereiro a abril de 2006. Sendo lançado o crédito tributário no valor de R\$ 191.258,13, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por seu patrono, apresenta defesa às fls. 75 a 119, inicialmente transcreve os termos das infrações, argumenta que em razão da íntima relação entre as Infrações 01 e 02, se reserva em contestá-las simultaneamente.

Em relação à Infração 01 aduz que no exercício de suas atividades adquire produtos do tipo nitrogênio gás, gás freon suva R-134, freon 22, hipoclorito de sódio, iniciador INP-75-AL e inibidor de corrosão, se apropriando do crédito fiscal correspondente, por entender que são indispensáveis em seu processo produtivo (Infração 01), por isso, diz que são equivocadas as conclusões do autuante de que se tratam de materiais de uso e consumo do seu estabelecimento.

Ressalta que para convencimento dos julgadores transcreve essencialidade da função desempenhada pelos produtos mencionados acima, assim demonstrado:

Nitrogênio Gasoso é injetado constantemente em tanques/vasos com o objetivo de evitar a entrada de ar ao sistema, garantindo que não haja presença de umidade, que em na presença do HCl presente nas corrente do sistema levam a corrosão de linhas e equipamentos e evitando a formação da misturas explosivas, como é o caso do MVC com o Oxigênio.

É também aplicado nos equipamentos da planta industrial da Impugnante, para liberação dos mesmos para manutenção e limpeza (lavagens) garantindo a eliminação dos produtos utilizados no processo, tais como EDC (1,2 dicloroetano, MVC, HCl, entre outros) para evitar a liberação destes para atmosfera e exposição dos operadores e técnicos de manutenção.

Devido aos efeitos inflamáveis do EDC, bem como os efeitos inflamáveis e cancerígenos do MVC e efeitos tóxicos e corrosivos do HCl, por consequência evitar verdadeiras catástrofes à saúde, ao meio ambiente e à própria vida.

Para o retorno da operação equipamentos em manutenção tiveram contato com ar ambiente necessário que estes sejam purgado para eliminar a presença de oxigênio umidade.

O SUVA R – 134ª ou TETRAFLUORETANO trata-se de um fluido refrigerante, que viabiliza a condensação do HCL, através da diminuição da temperatura a níveis abaixo de zero - chegando a atingir temperaturas de até vinte graus negativos (-20°). Ressalte-se que é a utilização desse

produto que viabiliza as condições operacionais da torre de HCL.

É aplicado no processo produtivo nas etapas de resfriamento das correntes, realizado em trocadores de calor, garantindo a liquefação de correntes compostas por produtos de elevada pressão de vapor, tal como HCL.

INICIADOR INP 75-AL. Os iniciadores são adicionados nos reatores de polimerização junto a mistura de água desmineralizada e MVC, e agem na formação dos radicais livres (quebra das moléculas de MVC) possibilitando o start da reação de polimerização.

Para conferir maior velocidade de reação e tornar o processo viável são utilizados iniciadores de polimerização, como, por exemplo, o INICIADOR INP 75-AL.

Estes produtos atuam na iniciação da reação juntamente com o aquecimento do reator.

Gás Freon R-22, também conhecido como Clorodifluormetano, utilizado na retirada de calor. Utilizados nas geladeiras existentes na área de PVC onde são armazenados os iniciadores.

Os iniciadores são peróxidos orgânicos, compostos altamente reativos, e a temperatura ambiente esses se decompõem levando a explosão do recipiente.

O Hipoclorito de Sódio (substância alcalina) é utilizado para neutralizar ácido clorídrico não reagido decorrente de processo e para controlar o pH.

É utilizado no tratamento de água da torre de refrigeração quando seu pH está abaixo de 6 (pH ácido), para coloca-lo na faixa de neutralidade (entre 6 e 7).

O inibidor de corrosão optisperse AP 4653 faz parte do tratamento da água da torre de refrigeração, é utilizado para evitar a prematura corrosão e depreciação dos equipamentos que compõem o parque industrial da Impugnante.

A água de resfriamento é utilizada em toda a unidade industrial na remoção do calor das correntes, (trocadores de calor e reatores de polimerização), em um ciclo fechado, onde a água a temperatura ambiente troca calor com as correntes quentes do processo resfriando essas correntes. A água então aquecida retorna para a torre de resfriamento onde troca calor com o ar até atingir a temperatura ambiente.

Devido às perdas por evaporação e respingos ocorre a concentração de contaminantes dessa água.

Após um período definido ciclo de concentração é feito um make up de água e um blowdown, além da adição de reagentes para garantir a qualidade da água.

O inibidor de corrosão optisperse AP 4653 é utilizado para evitar a corrosão prematura dos equipamentos.

Frisa que os produtos referidos acima integram de forma indispensável as suas atividades industriais por isso não se justificando a autuação.

Diz que tem direito ao crédito fiscal em consonância com o princípio da não-cumulatividade esculpido no art. 155, § 2º, da CF/88.

Discorre sobre a distinção entre matéria prima e produtos intermediários. Transcreve os art. 93, I, “b” e 97 IV, “c” do RICMS/97 que tratam do direito e da vedação do crédito fiscal por parte dos estabelecimentos, assim como trechos do Parecer Normativo nº 01/81 da Procuradoria Fiscal do Estado, para dizer que o citado parecer reproduz o mesmo entendimento do autuado, quanto a utilização dos citados produtos no processo produtivo.

Argui que afastado o enquadramento dos produtos cujo crédito foi glosado como material de uso e consumo, não há que se falar na exigência de estorno dos créditos decorrentes da aquisição dos produtos intermediários aplicados no processo produtivo do Impugnante.

No que se refere à Infração 02 enfatiza que tal item é uma consequência direta e imediata da questão até aqui discutida do direito à compensação dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição de determinados produtos intermediários, reputados no seu entendimento equivocadamente pela fiscalização como sendo bens de uso e consumo. Frisa que como a fiscalização nega o direito ao crédito do ICMS incidente sobre tais produtos, por considerá-los de uso e consumo, necessariamente, teria que exigir o complemento de alíquota em relação às aquisições interestaduais, transcrevendo em seguida o art. 5º, inciso I do RICMS/97.

Argumenta que os produtos gás freon suva R-134, iniciador INP-75-AL e inibidor de corrosão optisperse AP 4653, não foram destinados ao consumo do seu estabelecimento e sim em seu processo produtivo, por este motivo, no seu entendimento, tal infração deve ser julgada improcedente.

Quanto à Infração 03, narra que reconhece que de fato incorreu em alguns equívocos quando da apuração do imposto, por falha operacional no seu sistema interno denominado SAP, e que em razão da citada falha não fora considerado, para fins de apuração do imposto devido nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2006 o ICMS diferido.

Pontua que tendo constatado o equívoco ao apurar os débitos de ICMS diferido decorrente das aquisições de utilidades de sua outra unidade, relativos à competência de janeiro de 2007, computou, também, o valor do imposto diferido objeto da autuação.

Aduz que ciente das suas obrigações tributárias, lançou a débito, no livro Registro de Apuração do ICMS alusivo à competência janeiro/2007, o montante de R\$ 456.396,92, dos quais R\$ 434.087,80 correspondem ao imposto diferido efetivamente devido em janeiro de 2007 e R\$ 22.309,12 referem-se ao ICMS diferido exigido pela fiscalização no presente Auto de Infração.

Frisa que a despeito de não ter lançado a débito, em seu livro Registro de Apuração do ICMS, o valor do imposto diferido incidente sobre as aquisições de utilidades da unidade de insumos básicos, objeto do lançamento ora impugnado, e, por consequência, não ter recolhido o imposto tempestivamente, ao se aperceber do erro lançou em sua escrita fiscal o valor do ICMS incidente sobre todas as operações acobertadas pelas notas fiscais listadas no Anexo III, promovendo o encontro de contas com o seu saldo credor acumulado, em janeiro de 2007.

Assinala que tendo debitado apenas em janeiro de 2007 o ICMS relativo às competências outubro, novembro e dezembro de 2006, para fins de apresentação da defesa, constatou que não computou o valor dos acréscimos moratórios que deveriam incidir até dezembro de 2006, data em que segundo o autuado acumulou crédito fiscal mais do que suficiente para amortizar os valores devidos, não apenas nos meses anteriores, como também aqueles devidos no próprio mês de dezembro. Entende que no que tange a dezembro de 2006 o equívoco cometido em nada comprometeu a arrecadação, porque no período em questão tinha apurado saldo credor de R\$ 273.902,61, o qual fora transportado para o período subsequente, doc. 06. Diz que está formalizando pedido de emissão de certificado de crédito para quitação dos acréscimos moratórios incidentes sobre o ICMS diferido devido nos meses de outubro e novembro de 2006. Por isso pede que esta infração seja julgada improcedente.

Em relação à Infração 04, salienta que enfrentou grande dificuldade em localizar a tempo os documentos hábeis a comprovar a efetiva exportação das mercadorias e correlacioná-los, mas que, tendo localizado a documentação esclarece que em regra uma mesma fatura comercial ou "invoice" está relacionada com mais de uma nota fiscal de saída do seu estabelecimento, porque as mercadorias exportadas foram transportadas do seu estabelecimento até o porto através de caminhões, cuja capacidade máxima era inferior à quantidade total comercializada, uma vez que, na maioria das vezes, os pedidos e, por consequência, as faturas contemplavam uma quantidade do produto muito superior. Diz que foram emitidas notas fiscais de remessa de acordo com quantos caminhões foram necessários para transportar a mercadoria solicitada pelo destinatário, e que seria embarcada no porto.

Frisa que assim que as mercadorias chegaram ao porto foram emitidos os respectivos registros de exportação pelo SISCOMEX, assim como os conhecimentos de embarque - "Bill of Lading", e remetidos os produtos para o exterior, via transporte marítimo de cargas.

Observa que uma parcela das notas fiscais faz menção expressa a uma determinada Fatura Comercial ou "Commercial Invoice" no campo da nota reservado para "dados adicionais", enquanto que outras foram emitidas a título de complemento de preço, por essa razão, entende que não há como subsistir a exigência fiscal.

Garante que as notas fiscais de exportação emitidas têm comprovação da efetiva saída através dos respectivos registros de exportação, por isso entende necessária revisão de ofício do lançamento tributário, porque no seu entendimento estão elucidados os fatos.

Diz que obedecendo a seqüência do "Anexo IV" do Auto de Infração demonstra as co-relações dos documentos através da divisão em tópicos por fatura comercial ou "commercial invoice," com os seguintes esclarecimentos:

1-fatura comercial ou commercial invoice nº 1050177.

a) todas as notas fiscais listadas fazem menção à fatura comercial em referência no campo "dados adicionais" (doc. 07).

b1) O Registro de Exportação nº 05/0776213-001 vincula-se expressamente à Fatura Comercial nº 1050177, mencionada no campo 11 do referido Registro, o qual especifica a mercadoria exportada: Policloreto de Vinila - PVC; além de trazer outras informações, tais como, o país de destino final, quantidade da mercadoria, valor do produto, condição de venda etc. (doc. 08);

b2) O Registro de Exportação nº 05/0776314-001 vincula-se expressamente à Fatura Comercial nº 1050177, mencionada no campo 11 do referido Registro, o qual especifica a mercadoria exportada: Policloreto de Vinila - PVC; além de trazer outras informações, tais como, o país de destino final, quantidade da mercadoria, valor do produto, condição de venda etc. (doc. 09).

2. Fatura Comercial ou "Commercial Invoice" nº 1050651.

a) Todas as Notas Fiscais abaixo listadas fazem menção expressa à Fatura Comercial em referência no campo "dados adicionais" (doc. 10).

b) O Registro de Exportação nº 05/0967944-001 vincula-se expressamente à Fatura Comercial nº 1050651, mencionada no campo 11 do referido Registro, o qual especifica a mercadoria exportada: Policloreto de Vinila - PVC; além de trazer outras informações, tais como, o país de destino final, quantidade da mercadoria, valor do produto, condição de venda etc. (doc. 11).

3. Fatura Comercial ou "Commercial Invoice" nº 1052039.

a) As Notas Fiscais 46.599 a 46.604 (doc. 12), que se referem à complementação de preço de exportações lastreadas pelas notas fiscais abaixo listadas, as quais foram, por sua vez, respaldadas pela Fatura Comercial em referência no campo "dados adicionais".

b) As Notas Fiscais listadas na coluna nota fiscal correspondente, as quais fazem menção expressa à Fatura comercial em referência no campo "dados adicionais" (Doc. 13).

c) Os Registros de Exportação nos 05/1590495-001, 05/1590522-001, 05/1634020-001, 05/1634097-001, 05/1634123-001 e 05/1634138-001 vinculam-se expressamente à Fatura Comercial nº 1052039, mencionada no campo 11 do referido Registro, o qual especifica a mercadoria exportada: Policloreto de Vinila - PVC; além de trazer outras informações, tais como, o país de destino final, quantidade da mercadoria, valor do produto, condição de venda etc. (doc. 14).

4. Fatura Comercial ou "Commercial Invoice" nº 1063128.

a) Todas as Notas Fiscais abaixo listadas (doc. 15) são expressamente referidas no extrato de

declaração de despacho nº 2061164785/0 (doc. 16), citado no campo 28 "Dados do despacho" do RE nº 06/1508623-001 (doc. 17).

b) O Registro de Exportação nº 06/1508623-001 vincula-se expressamente à Fatura Comercial nº 1063128, mencionada no campo 11 do referido Registro, o qual especifica a mercadoria exportada: Policloreto de Vinila - PVC; cita também, o número do extrato de declaração de despacho, em seu campo 28 - "Dados do despacho"; além de trazer outras informações, tais como, o país de destino final, quantidade da mercadoria, valor do produto, condição de venda etc. (doc. 17).

Continuando, diz que cabe ao autuado admitir que a infração capitulada pelo autuante resultou do fato dele não ter apresentado durante o procedimento fiscalizatório os documentos que comprovassem a efetiva saída do país das mercadorias listadas.

Finaliza dizendo que diante dos esclarecimentos prestados e da documentação acostada, entende que não há que se falar em cometimento desta infração.

No tocante à Infração 05, informa que o RICMS/BA em seu art. 29, concede isenção do ICMS às operações mediante as quais produtos nacionais são remetidos para industrialização ou comercialização na zona franca de Manaus e que o mesmo dispositivo legal em seu inciso III, condiciona a isenção em referência à comprovação da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento destinatário situado na área de exceção fiscal, mas que o legislador em nenhum momento estabeleceu a forma pela qual a referida prova deveria ser feita.

Salienta que o RICMS/BA em seu art. 597, em atenção aos ditames do Convênio ICMS nº 36/97, passou a estipular obrigações acessórias a serem cumpridas por aqueles que destinam produtos à Zona Franca de Manaus, cujo artigo segundo o autuado determina que o transportador de mercadorias destinadas à zona incentivada proceda ao internamento das mesmas junto à SUFRAMA, com envio de dados dos documentos fiscais que acobertam a operação àquela repartição fiscal. Reproduz o § 5º do citado dispositivo legal, bem como o art. 7º da Portaria 205/02, segundo o autuado emitida pela SUFRAMA, para enfatizar o que alegou.

Aduz que faz jus ao benefício de isenção do ICMS porque a obrigação aludida acima não cabe ao remetente das mercadorias e sim ao transportador.

Argui que com o objetivo de comprovar que as operações apontadas pela fiscalização destinaram à zona franca de Manaus, junta toda documentação que demonstra, de forma cabal, que as mercadorias entraram fisicamente no estabelecimento destinatário na zona franca de Manaus, conforme destaca:

Destinatário: Araforros Pvcell Ind. e Com. da Amazônia Ltda CNPJ: 06.287.830/0001-28. Cópia do Livro Registro de Entradas da empresa amazonense em referência, sediada na Zona Franca de Manaus (doc. 18), de modo a comprovar que as Notas Fiscais de nº 47.442, 47.466, 52.905 e 52.906, emitidas pela Requerente, foram nele escrituradas;

Declaração de Ingresso (doc. 19) obtida no sítio eletrônico da Superintendência da Zona franca de Manaus (SUFRAMA), através da qual restou declarado que as mercadorias acobertadas pelas Notas Fiscais nº 50.222 e 50.223 ingressaram, efetivamente, na área de exceção fiscal administrada pelo referido órgão;

Destinatário: Replasticos Ind. e Com. Ltda CNPJ: 04.500.872/001-70, cópia do Livro Registro de Entradas da empresa amazonense em referência (doc. 20), de modo a comprovar que a Nota Fiscal de nº 51.966, emitida pela Requerente, restou nele escriturada;

Declaração de ingresso (doc. 21) obtida no sítio eletrônico da Superintendência da Zona franca de Manaus (SUFRAMA), através da qual restou declarado que as mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 47.765 ingressaram, efetivamente, na área de exceção fiscal administrada pelo referido órgão;

Destinatário: Lanaplast Indústria da Amazônia Ltda CNPJ 04.706.606/0001-06. Cópias do Livro Registro de Entradas da empresa amazonense em referência (doc. 22), de modo a comprovar que as Notas Fiscais de nº 41.541, 41.542, 41.543, 41.544, 52.369 e 52.379, emitidas pela requerente, foram nele escrituradas;

Destinatário: Amapol Industria e Comércio Ltda. CNPJ: 04.185.278/0001-31. Cópias do livro Registro de Entradas da empresa amazonense em referência (doc. 23), de modo a comprovar que as Notas Fiscais de nºs 53.635 e 53.638, emitidas pela Requerente, foram nele escrituradas;

Cópia das Notas Fiscais nºs 53.635 e 53.638 (doc. 24), nas quais constam, inclusive, os carimbos da empresa destinatária apostos à época de recebimento das mercadorias, bem como o selo fiscal (vide verso) de emissão da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas;

Cópia dos Conhecimentos de Transporte que lastrearam o transporte das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais citadas no item 'b' precedente, nos quais também constam o carimbo da empresa amazonense em destaque (doc. 25).

Salienta que uma vez comprovado que as mercadorias remetidas através das notas fiscais acima referenciadas ingressaram na ZFM, não há que ser descaracterizada a isenção que ampara as operações de remessa, porque no seu entendimento, o inciso III do art. 29 do RICMS/BA não determina o modo pelo qual deve ser provado o internamento das mercadorias na referida região.

Argumenta que admitir que a declaração da SUFRAMA como a única forma de se provar a entrada de mercadorias na referida zona incentivada, na hipótese em que fez a prova de tais entradas por outros meios seguros, autênticos e idôneos, tal como procedeu, entende que consiste ir de encontro à intenção da legislação concessiva do benefício e que fere o princípio da verdade material. Afirma que a condição estabelecida para o gozo da isenção encontra-se satisfeita. Salienta que o que fora aqui sustentado encontra respaldo no entendimento já externado pelo CONSEF. Transcreve ementas citando o AI nº 00567248/94, 06.03.01; AI 269568.0001/06-4, Acórdão CJP 0131-12/07, 09.04.07; CJP 0185-11/05 e 0170-12/07, 07.05.2007, bem como a cláusula primeira do Convênio ICMS 36/97 e cita os Convênios 65/88 e 49/94 que discorrem sobre regras procedimentais junto à SUFRAMA.

Entende que a declaração validação de notas fiscais fornecida pela SEFAZ/AM evidencia que a mercadoria foi submetida à vistoria física pelo órgão fazendário. Assevera que as mercadorias por ele remetidas tiveram constatados o seu ingresso na zona franca de Manaus.

Requer a juntada posterior de documentos e a realização de diligências fiscais para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos acostados, caso entenda necessário a Junta de Julgamento.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 281 a 288, dizendo que no tocante à primeira infração o autuado utilizou indevidamente créditos fiscais referente às aquisições de materiais de uso e consumo e que o mesmo insiste em considerá-los como sendo produtos intermediários.

Esclarece que: a) sobre o ar medicinal cil 9,6mm³ - o autuado na sua impugnação não contesta a exigência do estorno do crédito relativo às aquisições do produto ar medicinal. (Diz que ocorrera preclusão consumativa; b) o nitrogênio gás - periodicamente é necessário para que a empresa faça manutenção da planta de produção, desmontando todos os equipamentos para limpeza, com isso além de preservar a vida útil dos equipamentos ainda aumenta a eficiência do processo, quando o nitrogênio gás é injetado para expurgar as substâncias e fluidos indesejados. Quando isso ocorre a planta de produção não está em funcionamento, não fazendo parte nem do processo produtivo como quer fazer parecer o autuado, quando afirma à fl. 81 de sua impugnação que o nitrogênio é um gás inerte muito utilizado para limpeza de equipamentos, onde em contato com outras substâncias indesejadas não ocorre o risco de uma explosão, ou mesmo de uma reação química que dariam origem a produtos de difícil expurgo. Fica claro, que o nitrogênio gás não tem nenhuma participação no processo produtivo;

c) gás freon suva R 134 - é um fluido de refrigeração onde é utilizado num equipamento chamado trocador de calor ou uma torre de refrigeração, que em contra-corrente com outros produtos sem nenhum contato direto nem fazendo parte do produto final nem mesmo como resíduos de modo indesejados, retira calor dos mesmos condensando-os. Não é repostado em todo início do processo produtivo tendo em vista não se inutilizar nem ficar imprestável, como se encontra em sistemas fechados não mantém contato com outros produtos sendo somente necessária a reposição ínfima devido a vazamento por não ser o sistema fechado idealmente. O gás freon tem as mesmas características do óleo lubrificante utilizado nas bombas e compressores da linha de produção, onde são considerados do ponto de vista fiscal produto de uso consumo e não produto intermediário como quer considerar o autuado;

d) para o gás Freon R-22 - pode ser aplicado tudo o que foi relatado para o Gás Freon suva R 134 por possuírem as mesmas características do ponto de vista do processo produtivo, e para a legislação fiscal;

e) o hipoclorito de sódio é utilizado no tratamento de água de refrigeração com objetivo de neutralizar, com ph 7, o recipiente fechado onde encontra-se a água, que são geralmente equipamentos como trocadores de calor e torres de refrigeração. Esta água é tratada com o objetivo de não tornar o meio em que se encontra, corrosivo, e com isso diminuir drasticamente a vida útil do equipamento, e evitar também a incrustação nas paredes do equipamento diminuindo assim sua eficiência. Se não fosse utilizado este produto a produção fabril ocorreria da mesma forma, demonstrando que ele não é imprescindível a realização do processo. Sua utilização tem como função principal evitar a perda de eficiência devido a formação de incrustação nas paredes do equipamento e o alongamento da vida útil do mesmo e o espaçamento dos períodos de manutenção na planta produtiva;

f) o inibidor de corrosão optisperse AP 4653 - faz parte do tratamento da água utilizada na torre de refrigeração para evitar a corrosão e com isso aumentar a vida útil do equipamento. Com objetivo similar do produto hipoclorito de sódio no tocante a evitar a corrosão, é também possível se produzir sem a utilização do inibidor, se o mesmo não for utilizado acontece é uma diminuição drástica da vida útil da torre de refrigeração.

Enfatiza que o processo foi analisado e foram identificados os produtos acima citados de maneira precisa, de como, e onde eram utilizados os mesmos no processo produtivo.

Ressalta que os produtos intermediários seriam aqueles que não se incorporando ao produto final - eventualmente apenas seus resquícios e de modo indesejado - participam do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumindo a cada participação.

Argumenta que os produtos intermediários, tal qual às matérias-primas, são essenciais ao processo produtivo, dele participam intrinsecamente e são consumidos a cada participação na produção. Diz que diferenciam-se da matéria - prima pelo fato de não comporem o produto final - apenas seus resquícios e de modo indesejado. Sustenta que não se confundem com os materiais de uso e consumo pela não-participação intrínseca desses no processo produtivo.

Salienta que as informações prestadas na Infração 01 são as mesmas que deverão ser consideradas para a Infração 02, tendo em vista a exigência do ICMS diferença de alíquota se fundamentar nos mesmos fatos.

Aduz que em relação à Infração 03, o autuado agiu de forma indevida quando do lançamento do débito reclamado no Auto de Infração, na sua escrita fiscal (Livro Registro de Apuração de ICMS) do mês de janeiro de 2007, porque o mesmo já se encontrava sob ação fiscal, como pode ser comprovado através da cópia do termo de início de fiscalização datado de 15/01/2007 que se encontra à fl. 57.

Frisa que na Infração 04, as notas fiscais de número 48.259, 48.260, 48.261, 48.262 e 54.273, não foram

contestadas pelo autuado e como não se defendeu em 30 dias ocorrera a preclusão consumativa, produzindo os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF.

Quanto às notas fiscais de número 38.021, 38.087, 38.091, 38.096, 38.133, 38.134, 38.184, 38.185, 38.186 e 38.240(doc. 07) mencionadas pela impugnante, onde a mesma as vinculam a Invoice nº 1050177 e a Invoice aos Registros de Exportação números 05/0776213-001(doc. 08) e 05/077631400 I (doc. 09), não são comprovação de exportação, porque no seu entendimento a mera informação do número do invoice no campo "dados complementares" das notas fiscais em questão é um ato unilateral do autuado e que o mesmo pode colocar a informação que bem lhe convier. Depois quanto a relação entre a invoice e os RE também não comprova a exportação dos produtos pela inconsistência das informações como as quantidades do produto exportado por exemplo, onde a soma das mesmas destacadas nos RE são de 175 toneladas (75+100) (doc. 08) e (doc. 09), enquanto que as quantidades existentes nos documentos fiscais somam 250 toneladas (doc. 07).

Argui que as informações prestadas pelo autuado não fecham o ciclo de exportação, e que seria necessário um documento da Recita Federal (RE por exemplo) vinculando as notas fiscais a operação em lide, e não apenas a informação unilateral do autuado.

Assinala que para a comprovação das exportações do produto PVC descritos nas notas fiscais de número de 40.525 e 40.526, o autuado utiliza da mesma argumentação anterior, onde informa que o número da invoice 1050651 se encontra no campo "dados adicionais" do documento fiscal e vincula a invoice ao Registro de Exportação 05/0967944-001, incorrendo na mesma falha, porque não se tem a garantia que as 48 toneladas (DOC. 10) estão inclusas nas 504 toneladas informadas no RE (DOC. II), já que não existe nenhum documento expedido pela Receita Federal que vincule estas notas fiscais ao Registro de Exportação fechando assim o ciclo da operação de exportação. Complementa dizendo que as notas fiscais 46.599 a 46.604 (doc. 12) se referem a complementação de preço das notas fiscais 45.447 e 45.446, 45.490 e 45.500, 45.502 e 45.857, 45.964 e 45.965, 45.986 e 46.022, 46.038 e 46.042 (doc. 13).

E que tais notas fiscais estão vinculadas a invoice nº 1052039 que por sua vez está vinculada aos RE de números 05/1590495-001, 05/1590522-001, 05/1634020-001, 05/1634097-001, 05/1634123-001 e 05/1634138-001 (doc. 14), mas não foi apresentado pelo autuado nenhum documento expedido pela Receita Federal que vincule as notas fiscais referentes às operações de exportação aos RE, uma vez que tais elementos não fecham o ciclo da operação de exportação. Acrescenta que as notas fiscais complementação de preço também não deverão ser consideradas para efeito de operação de exportação concluída, porque as notas fiscais de origem não possuem comprovação de exportação.

Destaca ainda que as notas fiscais de números 59.478, 59.479, 59.480, 59.492, 59.495, 59.496, 59.501, 59.502, 59.503 e 59.504 (doc. 15) que segundo o autuado estão vinculadas ao RE nº 06/1508623-001 (doc. 17), que por sua vez está vinculado à invoice nº 1063128 (doc. 17), no que se refere a tais notas fiscais o autuado deixou de informar no campo "dados complementares" desses documentos a que invoice estas estariam atreladas, deixando o ciclo da exportação em aberto, diz que por este motivo fica inviável confirmar a efetiva exportação do PVC descrito nas notas fiscais em questão.

Alega que em relação a todas as operações supra citadas o autuado sempre incorreu no mesmo equívoco, a falta do fechamento do ciclo de exportação, indispensável para confirmação das exportações, onde conclui que as operações de exportações em lide não foram realizadas.

Quanto a Infração 05, lembra que o benefício da isenção para as operações de saídas para Zona Franca de Manaus é condicionado à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário, conforme inciso III do artigo 29 do RICMS/BA. E que para tanto se faz necessário que a Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA, ateste de forma inequívoca a entrada física do produto enviado pelo remetente para região delimitada pela legislação estadual como espaço territorial onde esta coberto pelo benefício da isenção. Entende

que a simples cópia do Livro Registro de Entrada do destinatário onde se encontram escrituradas as notas fiscais em lide não é suficiente para a comprovação da efetiva entrada dos produtos que exige a legislação pertinente. Frisa que o autuado julgou suficiente tal comprovação a apresentação na sua defesa da cópia do Livro Registro de Entradas da empresa supostamente destinatária, sem juntar sequer às cópias dos Conhecimentos de Transporte Rodoviários que se encontravam vinculados às respectivas notas fiscais.

Diz que as informações do autuado tinham inconsistências, às fls. 247 e 250(doc. 22), onde consta a unidade da Federação de origem do documento fiscal o Estado de Alagoas e não, como deveria ser o Estado da Bahia, concluindo que tais documentos partiram do estado de Alagoas.

Aduz que equivocadamente argumenta o autuado que a penalidade não pode ser transferida para si, porque entende que a obrigação de fazer o registro na SUFRAMA é do transportador conforme previsto no artigo 597 do RICMS/BA, e não dele.

Afirma o autuante que o autuado é co-responsável nesta operação, porque efetua a contratação da transportadora.

Salienta que as notas fiscais nº 50.222 e 50.223 relacionadas nos doc. 19, (à fl. 238), e a de nº 47.765 doc. 21, (à fl. 245), reconhecidas pela SUFRAMA o ingresso físico do produto descritos nos mencionados documentos fiscais serão reconhecidas pelo autuante, porque a condição para comprovação do ingresso na Zona Franca de Manaus foi satisfeito. Informa que abatendo o débito no valor de R\$36.124,17 correspondentes às respectivas notas fiscais citadas acima, permanece ainda um débito remanescente de R\$ 155.133,95 (191.258,12 - 36.124,17), que deve ser exigido do autuado pela falta de comprovação de ingresso dos produtos destinados a Zona Franca de Manaus.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuado foi intimado, à fl. 289, para tomar ciência da informação fiscal e da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, se quisesse.

Apresenta, tempestivamente, manifestação à informação fiscal, às fls. 292 a 338, reitera de forma resumida os termos da defesa interposta, pontuando cada item da autuação. Aduz que mesmo tendo revisto parcialmente a Infração 05, o autuante não trouxe aos autos argumentos aptos a rebater as arguições de defesa apresentadas.

Salienta que a despeito da solidez dos argumentos de defesa, o autuante manteve o lançamento fiscal na sua inteireza. Reproduz na íntegra os argumentos apresentados pelo autuante em sua informação fiscal descrita acima, em relação aos produtos ar medicinal cil 9.6 mm3, nitrogênio gás, gás freon suva R 134 e gás freon R-22, hipoclorito de sódio e inibidor de corrosão optisperse AP 4653, objeto das Infrações 01 e 02.

Diz que o autuante traça diferenças conceituais entre produtos intermediários e material de uso e consumo, definindo produto intermediário como sendo aquele que, não se incorporando ao produto final, participa do processo produtivo de maneira intrínseca e essencial, nele se consumindo a cada participação, enquanto que material de uso e consumo é aquele que, ainda que venha a ser consumido durante a produção, não possuem função intrínseca ao processo produtivo.

Afirma que as ponderações do preposto fiscal encontram-se equivocadas, posto que os bens adquiridos e/ou recebidos em transferência, listados nos demonstrativos anexados à autuação, geram direito ao crédito do ICMS, conforme já demonstrado na peça de defesa.

Quanto ao produto AR MEDICINAL, salienta que conforme consta na informação fiscal, realmente, nada foi dito pelo autuado quando da apresentação da sua defesa, tendo razão o autuante apenas neste particular, diz que reconhece à infração especificamente quanto a este produto, comprometendo-se a efetuar o pagamento do quanto cabível.

No tocante ao produto iniciador INP-75-AL, salienta que analisando as informações prestadas,

verifica que o preposto fiscal não rechaçou as afirmações sustentadas na impugnação apresentada, concluindo que o mesmo acolheu os argumentos defendidos na petição de defesa, razão pela qual se furta de maiores delongas sobre a essencialidade do aludido produto intermediário no seu processo fabril.

Sobre os demais produtos defende que ao contrário de que alega o autuante, o Nitrogênio Gás, Gás Freon Suv A R-134, Gás Freon R-22, Hipoclorito de Sódio e o Inibidor de Corrosão Optisperse Ap 4653 são produtos indispensáveis ao processo produtivo. Transcreve o mesmo teor do quadro demonstrativo da defesa que segundo o autuado tem o objetivo de demonstrar à função desempenhada por cada desses produtos no processo produtivo do “monocloreto de vinila (MVC)” e do “policloreto de vinila (PVC)” contestando as afirmações sustentadas pelo autuante, contrárias ao aproveitamento do crédito fiscal.

Além do que foi dito na defesa acrescenta que o nitrogênio gás tem o papel de retirar a umidade do sistema de produção, porque a umidade em contato com o HCL existente nas correntes do sistema leva à corrosão das linhas e equipamentos, além de provocar a formação de misturas explosivas como é o caso do MVC com o oxigênio.

Esclarece que devido aos efeitos inflamáveis do DEC, bem como aos efeitos inflamáveis e cancerígenos do MVC e efeitos tóxicos e corrosivos do HCL, a utilização do nitrogênio no processo de fabricação do monocloreto de vinila visa evitar verdadeiras catástrofe à saúde, ao meio ambiente e à própria vida. Afirma que diante disto é que tal produto é também aplicado na manutenção e limpeza de equipamentos da sua planta industrial, com o fim de impedir a liberação, no meio ambiente, de produtos inflamáveis, tóxicos, corrosivos e até mesmo cancerígenos.

Frisa que diferente do que disse o autuante, ao ponderar que o nitrogênio gás só é utilizado quando da parada da planta, não fazendo parte em nenhum momento do processo produtivo, o laudo descritivo do processo de produção do Monocloreto de Vinila (MVC) e do Policloreto de Vinila, oportunamente acostado aos autos (doc. 03 da impugnação) não deixa dúvidas acerca da efetiva utilização do produto sob análise no decorrer da cadeia produtiva, com o seguinte esclarecimento:

A vaporização é feita utilizando-se vapor no refeedor. A corrente de topo contendo EDC puro e seco é condensada no condensador de topo indo para o vaso de refluxo onde uma injeção contínua de Nitrogênio é mantida a fim de evitar a entrada de umidade na coluna.

Aduz que as fornalhas de craqueamento são alimentadas com EDC quimicamente puro, fisicamente limpo e com teor de umidade < 50 ppm do vaso de alimentação, através de bombas, neste vaso é feita uma injeção constante de nitrogênio gasoso para garantir o teor de umidade.

Finaliza dizendo que o Nitrogênio não só faz parte, como também é essencial para o processo produtivo, porque a sua não adição nas etapas do processo acima sintetizadas implicaria inevitáveis explosões, colocando em risco a saúde e a sobrevivência de toda a região onde se encontra sediado seu parque industrial.

Informa que o Gás Freon Suva R-134 é um fluido refrigerante, que viabiliza a condensação do HCL, através da diminuição da temperatura a níveis abaixo de zero. Diz que o mesmo é aplicado no processo produtivo nas etapas de resfriamento das correntes, realizado em trocadores de calor, garantindo a liquefação de correntes compostas por produtos de elevada pressão de vapor, tal como o HCL.

Ressalta, que é a utilização desse produto que viabiliza as condições operacionais da torre de HCL, e que a imprescindibilidade deste produto para o processo produtivo pode ser constatada da leitura do Laudo Descritivo do Processo de Produção do Monocloreto de Vinil (doc.03), uma vez que é feita sua utilização em algumas áreas de produção, como por exemplo, da área de recuperação de EDC, da área de craqueamento do DEC e da área de purificação do MVC.

Diz que o Gás Freon R-22, é também utilizado na retirada de calor. Afirma que este produto é

aplicado nas geladeiras existentes na área de PVC, onde são armazenados os iniciadores. Explica que os iniciadores são peróxidos orgânicos, compostos altamente reativos, os quais, se expostos à temperatura ambiente, se decompõe levando a explosão do recipiente.

Frisa que o autuante incorreu em equívoco ao comparar o gás Freon Com óleos lubrificantes afirmando que ambos produtos possuem as mesmas características, diz que tal afirmação não procede, ainda assim entende que mesmo que se pudesse comparar o gás freon ao óleo lubrificante, ainda assim faria jus ao crédito indevidamente glosado.

Narra que os lubrificantes em geral são produtos químicos imprescindíveis para a manutenção da planta industrial de qualquer estabelecimento, uma vez que são eles os responsáveis por eliminar os efeitos da oxidação e corrosão dos equipamentos, aumentar a vida útil dos mesmos, reduzir o desgaste das engrenagens e peças, evitar o super aquecimento das máquinas, dentre outros e sem a utilização de lubrificantes não seria possível manter o maquinário de qualquer planta industrial em funcionamento, tendo em vista os inúmeros problemas que poderiam ocorrer, tais como queima e inutilização de máquinas e peças, o que segundo o autuado é suficiente para demonstrar a essencialidade e imprescindibilidade dos lubrificantes ao processo produtivo. Reproduz os Acórdãos CJF nº0705/99, CD 2015-21/01 e do julgamento segundo o autuado do AI nº 279464.0002/99-8, deferindo naqueles casos específicos direito a crédito fiscal relativo a óleo lubrificante. Diz que o tem direito ao crédito na aquisição do gás freon, por entender que o mesmo faz parte do processo produtivo.

Argumenta que o Hipoclorito de Sódio é utilizado para neutralizar o ácido clorídrico não reagido na corrente de produção, bem como para controlar o pH. Informa que é aplicado no tratamento da água da torre de refrigeração quando seu pH está abaixo de 6 (pH ácido), para colocá-lo na faixa de neutralidade (entre 6 e 7).

Destaca que demonstrado, na defesa a descrição de como o produto em foco é empregado no seu processo produtivo, o autuante, equivocadamente, sustentou que, caso o produto não fosse utilizado, a produção fabril ocorreria de igual forma, informando não ser o hipoclorito de sódio imprescindível a realização do processo.

Sustenta que tal assertiva constante da Informação Fiscal é, inverídica, porque é inegável a necessidade de manutenção do pH neutro da água de refrigeração, durante o processo, uma vez que, sem isto, restaria inviabilizado o próprio processo produtivo.

Aduz que o inibidor de corrosão optisperse AP 4653 faz parte do tratamento da água da torre de refrigeração, sendo utilizado com o objetivo de evitar a prematura corrosão e depreciação dos equipamentos que compõem o parque industrial da Impugnante.

Informa que a água de resfriamento é utilizada em toda a unidade industrial, removendo o calor das correntes de produção (trocadores de calor e reatores de polimerização), em um ciclo fechado, onde a água a temperatura ambiente troca calor com as correntes quentes do processo, resfriando estas correntes. Acrescenta que a água então aquecida, retorna para a torre de resfriamento onde troca calor com o ar até atingir a temperatura ambiente.

Explica que no decorrer deste processo, em decorrência de evaporação e respingos, ocorre a concentração de contaminadores na água, motivo pelo qual, após um período de ciclos, é feito um *make up* de água e um *blowdown*, além da adição de reagentes para garantir a qualidade da água, objetivando não prejudicar o processo produtivo.

Rechaça a conceituação de produtos intermediários apresentada pelo autuante. Repete o autuado os mesmos argumentos de defesa para fazer distinção entre matéria prima e material secundário. Diz que a palavra “consumida” não significa “incorporada”, mas se refere ao fato de que as qualidades imanentes àquele produto foram gastas no processo industrial e o seu potencial gasto foi agregado ao valor do produto produzido. Considera como produto intermediário, aquele que, sem integrar o

produto final, é empregado, de forma indispensável, no processo de industrialização.

Quanto à Infração 02, registra que no que diz respeito à falta de recolhimento da complementação de alíquota, verifica que tal item é uma consequência direta e imediata da questão até aqui discutida, ou seja, do direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição de produtos intermediários, reputados equivocadamente pela fiscalização como bens de uso e consumo, segundo o autuado isto porque como a fiscalização negou o direito ao crédito do ICMS incidente sobre tais produtos por considera-los materiais de uso e consumo, necessariamente teve que exigir o diferencial de alíquota no que tange às aquisições interestaduais.

Diz que o autuante se limitou a declarar que as informações prestadas na infração 01 são as mesmas que deveram ser consideradas para esta infração, tendo em vista a exigência do ICMS Diferença de Alíquota se fundamentar nos mesmos fatos.

Salienta que os produtos listados como materiais de uso e consumo, não foram destinados ao consumo do seu estabelecimento, mas sim foram empregados, de forma imprescindível, em seu processo produtivo, consistindo, em produtos intermediários, cujas aquisições interestaduais geram direito ao crédito do imposto e não se sujeitam ao pagamento de diferencial de alíquota.

Evidencia que o a exigência do diferencial de alíquota perde completamente o sentido e, conseqüentemente, pelas mesmas razões, a infração 02 também deve ser julgada totalmente improcedente.

No que tange à Infração 03 diz que reconheceu o cometimento de equívocos na apuração do imposto, tendo constatado tais equívocos em janeiro de 2007, computou o valor do imposto diferido correspondente aos períodos autuados, reconheceu que não computou o valor dos acréscimos moratórios em decorrência da mora na realização do dito encontro de contas. Diz que apesar dos seus argumentos o autuante manteve o lançamento em sua íntegra.

Reconhece que agiu de forma indevida mas que a interpretação do autuante ultrapassa os limites expressos no artigo 26 do RPAF/BA, que utilizou como alicerce, para a autuação. Transcreve referido dispositivo legal para dizer que não há qualquer previsão quanto à suposta impossibilidade, ou mesmo qualquer restrição relacionada à escrituração dos livros fiscais por parte do contribuinte, quando já lavrado o termo de início de procedimento fiscalizatório. Diz que o autuante feriu o princípio da legalidade. Estabelecido art. 5º, II, da Constituição Federal, que reproduz.

Frisa que a despeito de não ter lançado a débito, em seu livro Registro de Apuração do ICMS, o valor do imposto diferido incidente sobre as aquisições de utilidades objeto do lançamento em pauta e, por consequência, não ter recolhido o imposto tempestivamente, diz que ao se aperceber do erro então cometido, lançou em sua escrita fiscal o valor do ICMS incidente sobre todas operações acobertadas pelas notas fiscais listadas no Anexo III do auto de infração, promovendo o encontro de contas com o seu saldo credor acumulado, em janeiro de 2007. Reconhece que fez tal registro intempestivamente sem considerar acréscimos de juros e de multa moratória calculados até dezembro de 2006, data em que alega ter acumulado crédito fiscal. Informa que está providenciando certificado de crédito para quitar o valor dos acréscimos moratórios mencionados.

Em relação à Infração 04 reproduz os argumentos da informação fiscal, dizendo que mesmo com toda documentação apresentada o autuante manteve na íntegra o Auto de Infração, menosprezando a busca da verdade material, paradigma do processo administrativo fiscal. Entende que cabe ao fisco utilizar-se de todo o manancial probatório possível. Transcreve lições do professor Hugo de Brito Machado e de Hely Lopes Meirelles, citado por Luis Eduardo Schoueri, Aurélio Pitanga Seixas Filho, e Acórdão 101-92819 que tratam sobre princípio da busca da verdade real e da verdade material, e sobre formalismo.

Transcreve os mesmos dados dos documentos relacionados na peça de defesa, acrescentando que em relação à fatura comercial invoice nº 1050651 o extrato de declaração de despacho nº

2050799255/5 que especifica o RE nº05/0967944-001, errou no ato da indicação das notas de seqüências 00040023 a 00040026, porque a indicação correta é seqüência 00040023 a 00040024 e seqüência 00040525 e 00040526.

Ressalta que o Conhecimento de Embarque MSCUSD158586 tanto especifica o RE nº 06/1508623-001, quanto o extrato de declaração de despacho nº 2061164785/0. Diz que em relação às notas fiscais nº 59.478, 59.479, 59.480, 59.492, 59.495, 59.496, 59.501, 59.502, 59.503 e 59.504, já havia, inclusive, juntado documento expedido pela Receita Federal vinculando as citadas notas fiscais ao respectivo Registro de Exportação (RE nº 06/1508623001), qual seja, o Extrato de Declaração de Despacho (DDE) nº 2061164785/0, doc. 19, anteriormente anexado como documento de nº 16 da impugnação. Diz que ainda assim, o autuante, ao prestar suas informações, despreza tal documentação colacionada aos autos e negligencia a busca da verdade material, afirmando, que o autuado deixou o ciclo da exportação em aberto.

Garante que analisando detidamente a documentação juntada ao PAF, não há como pôr em dúvida que foram consumadas as exportações das mercadorias objeto das Notas Fiscais mencionadas, listadas no anexo IV.

Quanto à Infração 05, aduz que o autuante manteve a exigência na quase sua totalidade, sob o argumento de que para a comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento do destinatário, o registro das operações de remessa de mercadorias à Zona Franca de Manaus - ZFM junto à SUFRAMA constitui requisito indispensável para se comprovar o ingresso das mesmas na área beneficiada, como não pudesse ser comprovado por outras vias. Diz ainda que o autuante tenta colocar o autuado, como responsável - juntamente com o transportador - por informar à SUFRAMA sobre a entrada das mercadorias na ZFM.

Defende que o registro junto à SUFRAMA não é uma condição para o gozo do benefício da isenção do ICMS concedido pelo art. 29 do RICMS/BA, porque entende que tal dispositivo regulamentar, não estabelece o modo pelo qual a prova deva ser feita. Transcreve ementa de decisão relativa ao A.I. nº 00567248/94, da 2ª. CJF do CONSEF, que trata da falta de comprovação do internamento de produtos na SUFRAMA.

Destaca que colacionou aos autos cópias dos Livros Registros de Entradas de empresas amazonenses, declarações de ingresso de mercadoria obtido junto ao sitio eletrônico da SUFRAMA, notas fiscais com os carimbos das empresas destinatárias apostos à época de recebimento das mercadorias, bem como o selo fiscal de emissão da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas; e ainda, Conhecimento de Transporte Rodoviário, ignorados pelo autuante.

Traz relação de empresas destinatárias com descrição de documentos que segundo o autuado para comprovar o internamento de mercadorias remetidas à Zona Franca de Manaus conforme segue abaixo:

Destinatário: Araforros Pvcell Ind. e Com. da Amazônia Ltda - CNPJ: 06.287.830/0001-28

a) Cópia das Notas Fiscais nº 47.442, 47.466, 52.905, 52.906, (doc. 21), nas quais constam, inclusive, os carimbos da empresa destinatária apostos à época de recebimento das mercadorias, bem como o selo fiscal (vide verso) de emissão da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas;

b) cópia do Livro Registro de Entradas da empresa amazonense em referência, sediada na Zona Franca de Manaus (doc. 22 - doc. 18 da impugnação), de modo a comprovar que as Notas Fiscais de nº 47.442, 47.466, 52.905 e 52.906, emitidas pela requerente, foram nele escrituradas;

c) declaração da Empresa que recebeu as mercadorias referentes às Notas Fiscais 47.442, 47.446, 52.905 e 52.906 (doc. 23);

d) relatório de Notas Fiscais de Entrada, obtido através do sitio eletrônico da SEFAZ/AM, o qual atesta que as Notas Fiscais nº 47.466, 47.442, 52.906 e 52.905 ingressaram naquele estado (doc. 24).

e) Cópia dos Conhecimentos de Transporte que lastrearam o transporte das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais citadas no item 'a' precedente (doc. 25).

Destinatário: Amapoly Industria e Comercio Ltda CNPJ: 04.185.278/0001-31.

a) Cópia das Notas Fiscais nºs 53.635 e 53.638 (doc. 26 - doc. 24.

da impugnação), nas quais constam, inclusive, os carimbos da empresa destinatária apostos à época de recebimento das mercadorias, bem como o selo fiscal (vide verso) de emissão da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas;

b) Cópias do Livro Registro de Entradas da empresa amazonense em referência (doc. 27 - doc. 23 da impugnação), de modo a comprovar que as Notas Fiscais de nºs 53.635 e 53.638, emitidas pela Requerente, foram nele escrituradas;

c) Cópia dos Conhecimentos de Transporte que lastrearam o transporte das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais citadas no item 'a' precedente, nos quais também constam o carimbo da empresa amazonense em destaque (doc. 28 - doc. 25 da impugnação). Destinatário: Lanaplast Indústria da Amazônia Ltda - CNPJ: 04.706.606/0001-06;

a) Cópia das Notas Fiscais nº 52.369 e 52.379, (doc. 29), nas quais constam, inclusive, os carimbos da empresa destinatária apostos à época de recebimento das mercadorias, bem como o selo fiscal (vide verso) de emissão da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas;

b) Cópias do Livro Registro de Entradas da empresa amazonense em referência (doc. 30 - doc. 22 da impugnação), de modo a comprovar que as Notas Fiscais de nº 41.541, 41.542, 41.543, 41.544, 52.369 e 52.379, emitidas pela Requerente, foram nele escrituradas;

c) Cópia dos Conhecimentos de Transporte que lastrearam o transporte das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais 52.369 e 52.379 (doc. 31).

Destinatário: Replasticos Ind. e Com. Ltda - CNPJ: 04.500.872/001-70.

a) Cópia do Livro Registro de Entradas da empresa amazonense em referência (doc. 32 - doc. 20 da impugnação), de modo a comprovar que a Nota Fiscal de nº 51.966, emitida pela Requerente, restou nele escriturada.

Transcreve os parágrafos 4º e 5º do art. 597, que tratam dos responsáveis pelo registro das operações de remessa de mercadorias à ZFM junto à SUFRAMA. Para dizer que o responsável por tal informação é o transportador e não o autuado.

Requer a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligência fiscal.

Conclui pedindo que seja julgado parcialmente improcedente a Infração 01 e totalmente improcedentes as Infrações 02, 03, 04 e 05.

O processo foi convertido em diligência pela 5ª. Junta de Julgamento Fiscal, à INFAZ de origem para o autuante prestar sua informação fiscal em decorrência da manifestação interposta pelo autuado. (fl. 473).

Em resposta à manifestação do autuado o autuante aduziu que após análise da manifestação concluiu que nada foi acrescentado de novo capaz de alterar o teor do conteúdo já informado, e que sustenta toda sua argumentação já apresentada em sua informação fiscal.

À fl. 478, a 3ª. Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência à Assessoria Técnica - ASTEC para que fossem adotadas as seguintes providências, pelo autuante:

a) intimar o autuado, para elaboração e apresentação de planilha discriminando para o "Nitrogênio Gás" - [i] e "Hipoclorito de Sódio 10 - 16%" - [ii] as quantidades mensais com os respectivos valores, indicando o montante utilizado em cada uma das aplicações alegadas na defesa, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2006, comprovados através de documentos do controle

interno da produção e de custos:

i. Nitrogênio Gás: I) Manutenção, Limpeza e Purgação de Equipamentos e II) Corrente de topo do reator na Oxicloração.

ii. Hipoclorito de Sódio 10 - 16%: I) Neutralização do ácido clorídrico e II) Tratamento de água;

b) após o atendimento da solicitação acima, que fosse elaborada uma planilha sintética do "Demonstrativo Referente a Crédito Indevido", fls. 07 a 10, com os mesmos totais mensais apurados, discriminando os valores fornecidos pelo autuado como sendo utilizados para as finalidades I e II, acima indicadas para os produtos "Nitrogênio Gás" e "Hipoclorito de Sódio 10 - 16%" e mantendo os respectivos valores totais mensais apurados pela fiscalização, tanto desses produtos quantos dos demais.

O Diligente da ASTEC esclarece que na informação prestada pelo autuado, o mesmo discorre sobre a utilização dos produtos que são objeto da diligência, apresentando as planilhas de custos e de controle interno, onde consta o consumo de tais produtos nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2006, diz que o autuado chama a atenção para o fato de que o Hipoclorito de Sódio é utilizado no tratamento de água das torres de refrigeração, corrigindo o PH quando está abaixo de 6(ácido); que o Nitrogênio Gás é aplicado nos equipamentos da planta industrial para manutenção e limpeza usado para sopragem e testes pneumáticos em equipamentos - do total utilizado, 70% é utilizado para esta finalidade e os outros 30% utilizados para evitar a formação de atmosferas explosivas. Diz que analisando as planilhas às fls. 07 a 10 do PAF, em atendimento ao item 2 do pedido de diligência, e mantendo-se os valores de ICMS cobrados pelo autuante, conforme planilha que apresenta.

Conclui dizendo que no mês de outubro, o consumo é exclusivo do Nitrogênio Gás, enquanto nos meses de novembro e dezembro, houve a soma do ICMS relativo aos produtos Freon 22, AR Medicinal e Inibidor Optsperse, cuja tabela acima, separa por produto (inclusive com os percentuais da aplicação do Nitrogênio Gás aplicados de acordo com a informação do autuado), mas totalizando de forma a ficar igual aos valores reclamados pelo autuante no Auto de Infração.

O autuado ingressa com manifestação às fls. 483 a 485 em decorrência da diligência da ASTEC, diz que atendeu intimação do diligente prestando os esclarecimentos solicitados.

Informa que o Hipoclorito de Sódio é utilizado no tratamento da água das torres de refrigeração, corrigindo o Ph da mesma quando está abaixo de 6 (ph ácido).

Aduz que o Nitrogênio Gás possui duas aplicações distintas, quais sejam:

1 - é aplicado nos equipamentos da planta industrial para fins de manutenção e limpeza, que em termos técnicos, diz-se que o Nitrogênio Gás é usado para fazer sopragem e testes pneumáticos em equipamentos, e que do total consumido em um mês, cerca de 70% do Nitrogênio Gás é utilizado para esta finalidade.

2 - é utilizado em várias etapas do processo com o objetivo de evitar a formação de "atmosferas explosivas", com efeito, levando-se em consideração que dentre as várias etapas do processo produtivo algumas operações envolvem a manipulação de produtos inflamáveis e combustíveis, o Nitrogênio Gás é utilizado com a finalidade de controlar as misturas potencialmente explosivas. Acrescenta que do total consumido em um mês, cerca de 30% do Nitrogênio Gás é aplicado com esta finalidade.

Salienta que apresenta declaração firmada pelo seu gerente de produção que constam expressamente as funções do Nitrogênio Gás e do Hipoclorito de Sódio dentro do processo produtivo e o percentual utilizado de cada um deles em cada aplicação e os seus custos fornecidos pela contabilidade.

Às fls. 497 a 500 apresenta petição, transcreve os termos do pedido de diligência, reitera as

alegações da manifestação anterior e reproduz a mesma tabela formatada pelo diligente da ASTEC, com os mesmos números nela consignados, dizendo concordar em relação ao produto ar medicinal.

Conclui dizendo que reitera os mesmos pedidos de improcedência parcial em relação à Infração 01 e total quanto às Infrações 02, 03, 04 e 05.

O autuante, à fl. 494 tomou ciência da diligência e da manifestação do autuado. Não se pronunciou.

Diante dos argumentos defensivos e da controvérsia estabelecida, em relação à Infração 04, a 5ª. Junta de Julgamento Fiscal deliberou que o processo fosse remetido à ASTEC, para que Auditor Fiscal estranho ao feito, ou Auditor Fiscal da gerência do setor de indústria e comércio exterior – GEINC/DPF/SAT, adotasse as seguintes providências:

1 - com base na documentação mencionada acima colacionada aos autos e em outros elementos que demonstrem vinculação com tais operações, que possam ser obtidos junto ao autuado e à gerência especializada em comércio exterior, citada acima, apurar e informar se as mercadorias objeto da autuação foram efetivamente exportadas;

2 – excluir do demonstrativo original, se for o caso, as notas fiscais relativas às mercadorias que tiverem comprovadas a sua exportação, devendo em seguida elaborar demonstrativo com novos valores após realizar tais exclusões.

O processo foi remetido à ASTEC para que Auditor Fiscal estranho ao feito adotasse as providências solicitadas linhas acima.

O Auditor Fiscal designado, às fls. 508 a 510, após realizar a diligência solicitada, através do Parecer ASTEC nº 11/2011, presta nova informação fiscal, dizendo inicialmente que o documento que comprova a exportação é o registro de exportação – RE, emitido pelo sistema integrado de comércio exterior – SISCOMEX, e que a apresentação das notas fiscais com os números das “invoices” não comprova a efetiva exportação.

Informa que as notas fiscais que são emitidas pelos exportadores, para dar trânsito à mercadoria entre o depósito do estabelecimento e o porto de embarque, constam da declaração de exportação – DDE, que fica vinculada ao respectivo registro de exportação – RE, assim como, que a exportação foi feita mediante o embarque das mercadorias transportadas e acobertadas pelas notas fiscais de saídas, referidas no corpo da declaração de exportação.

Aduz que intimou o autuado a apresentar todas as declarações de exportação – DDE, relativas a todos os registros de exportação – RE, arroladas na peça de defesa, mas que o autuado apresentou, apenas, uma declaração de exportação, vinculada ao registro de exportação – RE nº 05/0967944-001, onde aparece a relação de notas fiscais, e que tal registro de exportação, vinculado ao invoice nº 1050651, citado na defesa, à fl. 101, não comprova a exportação das mercadorias constantes das notas Fiscais nº 40.525, de 08/07/2005 e nº 40.526, de 08/07/2005, anexas às fls.186 e 187.

Salienta que quanto às demais declarações solicitadas na intimação o autuado alega não ter tido condições de entregá-las em tempo, por questões logísticas.

Conclui sugerindo a manutenção integral da Infração 04.

O autuado foi intimado à fl. 514, para tomar ciência e receber cópia do parecer da diligência assim como tomar conhecimento da concessão do prazo de 10 dias para pronunciamento, se quisesse.

O autuado apresenta manifestação em relação ao resultado da diligência, às fls. 517 a 525, reproduz os termos do pedido de diligência, aduz que o diligente não oficiou a Gerência do Setor de Indústria e Comércio Exterior – GEINC, para apurar se as mercadorias objeto da autuação foram efetivamente exportadas, consoante solicitado no escopo da diligência, ignorando os princípios da verdade material e da ampla defesa. Por este motivo pede que o processo seja convertido em diligência para que o diligente intime a Gerência de Indústria e Comércio Exterior para obtenção de elementos relacionados às operações de exportação objeto da autuação da Infração 04.

Discorda que o único meio de prova da exportação seja o despacho de exportação. Reitera que no que tange à Fatura Comercial ou “Commercial Invoice” nº 1050177, tem listadas as Notas Fiscais nº 38.021, 38.087, 38.091, 38.096, 38.133, 38.134, 38.184, 38.185, 38.186 e 38.240. Diz que o registro de exportação nº 05/0776213-001 vincula-se à mencionada Fatura Comercial 1050177.

Salienta que o registro de exportação nº 05/0967944-001 referendam a exportação das mercadorias constantes das Notas Fiscais nº 40.525 e nº 40.526. Aduz que foi surpreendida ao tomar ciência do Parecer ASTEC nº 11/2011, em que o diligente se manifestou no sentido de que as Notas Fiscais nº 40.525 e nº 40.526 não se encontravam mencionadas na declaração de exportação apresentada. Pede que as mercadorias relativas a tais documentos fiscais sejam consideradas que foram exportadas.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado inteiramente improcedente, ou que a Infração 04 seja julgada parcialmente procedente.

À fl. 530, o autuante tomou ciência do Parecer ASTEC nº 11/2011, entretanto silenciou.

O autuado atravessou petição, às fls. 533 a 535, solicitando a juntada ao PAF do extrato de declaração de despacho nº 2061164785/0, relativo ao RE nº 06/1508623-001, segundo o autuado no qual consta textualmente o número das Notas Fiscais nºs 59.478, 59.479, 59.480, 59.492, 59.495, 59.496, 59.501, 59.502, 59.503 e 59.504.

Conclui pedindo que a Infração 04 seja julgada inteiramente improcedente.

VOTO

Inicialmente, saliento que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, o processo foi convertido em diligências, e sobre o resultado das mesmas o contribuinte se manifestou, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quanto ao pedido para realização de nova diligência para que o Auditor Fiscal diligente da ASTEC, “intime a Gerência de Indústria e Comércio Exterior para obtenção de elementos relacionados às operações de exportação objeto da presente autuação, emitindo, em seguida, novo parecer”, indefiro, posto que na diligência solicitada, à fl. 505, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou que o processo fosse remetido à ASTEC, para designar Auditor Fiscal estranho ao feito, ou Auditor Fiscal da gerência do setor de indústria e comércio exterior – GEINC. A diligência fora realizada por Auditor Fiscal da ASTEC, atendendo plenamente ao que foi pedido, tendo inclusive o diligente intimado o contribuinte para apresentar a comprovação das exportações, e o sujeito passivo não atendeu a solicitação.

Portanto não vislumbro no lançamento ofensa alguma aos princípios constitucionais da verdade material e da ampla defesa suscitados, nem tampouco nele se constata quaisquer dos motivos que pudessem conduzir à anulação do feito, elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, O Auto de Infração foi lavrado em decorrência do cometimento de 05 infrações, que passo a examiná-las.

Analisarei em conjunto às infrações 01 e 02, haja vista a vinculação lógica entre elas, uma vez que uma infração é consequência direta da outra.

As mencionadas infrações dizem respeito à utilização indevida de crédito fiscal e falta de recolhimento de diferencial de alíquotas relativamente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

O Regulamento do ICMS - RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, veda o aproveitamento de crédito fiscal sobre material de uso e consumo, obrigando o contribuinte a pagar a diferença de alíquota quando de suas aquisições interestaduais (art. 5º, I do RICMS/97 define como material de uso ou consumo do próprio estabelecimento, aquelas mercadorias adquiridas, porém não destinadas à

“comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, nem, tampouco, consumidas nem integrantes do produto final ou do serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação.” Esta definição encontra-se claramente posta no art. 93, V, b do RICMS/97), tendo por base a Lei Complementar nº 87/96 com suas posteriores alterações e Lei Estadual nº 7.014/96.

Diante destas determinações, entendo que o legislador, quando assim se posicionou, estava a distinguir “insumo” (tudo quanto é gasto ou investido visando à obtenção de determinado resultado, produto final) de “material de uso e consumo”. Este Colegiado, em reiteradas decisões, tem se posicionado nesta linha. Para melhor clareza, transcrevo parte do voto da Decisão prolatada no Acórdão CS Nº 0196-21/02 cuja linha segue este Colegiado.

O sistema de crédito que tem imperado na operatividade do ICMS é restrito, não comportando abranger insumos empregados em processos que não estejam diretamente vinculados à produção. Predomina no ICMS, enquanto vedado, por lei, o crédito relacionado às operações de aquisição de bens para uso e consumo, a sistemática do crédito físico, admitindo-se apenas, para fins de compensação, o imposto que incidiu na aquisição de insumos aplicados diretamente no processo produtivo que resulte em saídas de produtos tributados. Assim, se o insumo não for aplicado ou utilizado de forma direta na produção, de maneira que o seu consumo/utilização não guarde relação direta com os produtos finais fabricados, nem como elemento integrante (massa molecular) do produto final, nem como elemento consumido proporcionalmente à quantidade processada (produto intermediário), é vedado ao contribuinte apropriar-se dos créditos fiscais. Constitui exceção a essa regra o ICMS que incidiu na aquisição de bens do ativo imobilizado, configurando um típico crédito financeiro, entre outros previstos em lei. No entanto, os produtos relacionados ao tratamento de efluentes, limpeza do maquinário e das instalações da fábrica e aplicados em laboratório, em verdade são consumidos em função do processo produtivo e não no processo produtivo, posto que a finalidade dos mesmos ou é assegurar a manutenção ou o aumento da vida útil das máquinas e equipamentos da fábrica, a preservar a salubridade do ambiente ou possibilitar o controle de qualidade e pesquisa de novos processos. O consumo daqueles produtos não tem relação direta com a produção. Participam de forma indireta. Nessas circunstâncias, em que as citadas mercadorias, apesar de indispensáveis, não são objeto de consumo no processo produtivo ou na elaboração dos produtos finais, mas participam, por exemplo, do processo de manutenção dos equipamentos, impõe-se enquadrá-los na categoria de material de consumo, cujos créditos só estarão assegurados aos contribuintes a partir do ano de 2003, por força de disposição da Lei Complementar nº 99/99. Nessa linha de entendimento vem se posicionando o CONSEF, através de julgados reiterados, a exemplo das Decisões de suas Câmaras, consignadas nos Acórdãos nº^{os} 0130/00, 0222/00, 1134/00, 1416/00, 1731/00 e 2667/00. Ao examinar a questão objeto da presente lide, os órgãos de Julgamento de segunda instância e a Câmara Superior, vêm decidindo, ainda que de forma não unânime, que é vedado o direito de crédito fiscal as aquisições de produtos destinados a tratamento de água com o objetivo de evitar a obsolescência precoce dos equipamentos industriais bem como o tratamento de resíduos e efluentes derivados do processo fabril.

O contribuinte entende de que os produtos objeto da autuação fiscal integram o seu processo produtivo como produtos intermediários. Saliento que na situação dos autos, e, em obediência à norma tributária posta e decisões deste Colegiado, é necessário que seja observada a efetiva utilização, na atividade fabril do contribuinte, dos produtos cujos créditos foram glosados, bem como a cobrança da diferença de alíquota. Consoante planta descritiva apensada aos autos pelo sujeito passivo às fls. 134 a 156, bem como descrição das funções desempenhadas pelos materiais “nitrogênio gás”, “gás freon suva R-134”, “freon 22”, “hipoclorito de sódio”, “iniciador INP-75-al”, “inibidor de corrosão” e “ar medicinal cil 9,6mm3,” em função do processo produtivo apresentada na defesa às fls. 80 a 86, e informações prestadas nas manifestações, os produtos autuados não possuem características de produtos intermediários, empregados no processo produtivo e integrante

do produto final, posto que são utilizados no resfriamento da torre de HCL, de limpeza em geral, higienização de linhas e tubulações, resfriamento das correntes em trocadores de calor, agentes nos radicais livres nos reatores, utilizados nas geladeiras existentes e na retirada de calor e no controle de PH, para evitar prematura corrosão e depreciação dos equipamentos que compõem o parque industrial. E ainda foram glosados os créditos fiscais e exigida a diferença de alíquota em relação a “iniciador INP-75-AL”, “gás freon suva R-134 a cilindr”, “inibidor corrosão optisperse AP 4653” e em laboratório.

Restou demonstrado na conclusão da diligência solicitada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que o Nitrogênio não é utilizado diretamente na produção e sim em função do processo produtivo, que por sua aplicação não resta dúvida de que se trata de material de consumo, não gerando direito ao crédito fiscal.

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

Por tudo exposto, tais produtos não geram direito à utilização de crédito fiscal, sendo considerados material de uso e consumo e, por consequência, é correta a glosa dos créditos fiscais utilizados. É correta também, a cobrança da diferença de alíquota, posto que é devido o pagamento do diferencial do imposto entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento autuado. As exigências fiscais têm base legal. Pelo exposto as Infrações 01 e 02 ficam mantidas.

Em relação à Infração 03, o sujeito passivo reconheceu expressamente que incorreu em equívocos quando da apuração do imposto. Informou que lançou o imposto devido relativamente aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2006, no livro Registro de Apuração do ICMS na competência de janeiro de 2007. Saliento que na data do lançamento realizado no mencionado livro fiscal, o contribuinte já se encontrava sob ação fiscal, iniciada em 15 de janeiro de 2007. Fato este que não se caracteriza espontaneidade do contribuinte, não o desobriga do cumprimento do pagamento do imposto lançado. Infração subsistente.

Quanto à infração 04, verifico que o sujeito passivo sustenta que as notas fiscais que embasaram a autuação inclusive as emitidas a título de complementação de preço de operações precedentes, se referem a operações de exportação e estão acobertadas por “Fatura Comercial” ou “Comercial Invoice” e “Registros de Exportação” apresentados na defesa e acostados aos autos, e que tais elementos provam a efetiva saída do país de todas as mercadorias descritas nas notas fiscais de exportação arroladas na autuação.

Observo também, que o Auditor Fiscal da ASTEC, designado para realizar a diligência solicitada, informou que realizou intimação para o contribuinte apresentar as Declarações de Exportação - DDE, relativas aos Registros de Exportação que constam na defesa, mas o sujeito passivo não apresentou tais documentos, não comprovou as referidas exportações.

Saliento que o ICMS não incide sobre a operação ou prestação que destinem ao exterior mercadorias ou serviços (art. 581 do Regulamento do ICMS/1997). Para fazer uso de tal benefício é necessário que o contribuinte comprove que efetivamente realizou a exportação das mercadorias correspondentes.

É importante esclarecer que o Registro de Exportação – RE é o conjunto de informações de natureza comercial, financeira, cambial e fiscal que caracterizam a operação de exportação de uma mercadoria e definem o seu enquadramento, sendo preenchido pelo próprio exportador previamente à declaração para despacho aduaneiro e ao embarque da mercadoria. O RE é automaticamente efetivado pelo SISCOMEX, recebendo um número e data, que são fornecidos pelo sistema podendo ser alterado durante o curso dos procedimentos para despacho aduaneiro, tendo validade pelo prazo de 60 dias, passível de prorrogação.

Já a Declaração de Despacho de Exportação - DDE, obtida por meio eletrônico, é o procedimento fiscal mediante o qual se processa o desembaraço aduaneiro da mercadoria destinada ao exterior, seja ela exportada a título definitivo ou não. Assim, toda mercadoria destinada ao exterior, inclusive a reexportada, está sujeita a despacho de exportação. A DDE é considerada registrada a partir da disponibilidade do RE e da formulação da Declaração para Despacho de Exportação no sistema, onde recebe uma numeração seqüencial pelo SISCOMEX.

Após proceder os exames nos documentos trazidos aos autos, constatei que o contribuinte só comprovou a exportação das operações atinentes às Notas Fiscais nº 59.478, 59.479, 59.480, 59.492, 59.495, 59.496, 59.501, 59.502, 59.503 e 59.504, relacionadas no Registro de Exportação nº 06/1508623-001, constantes na Declaração de Despacho de Exportação - DDE nº 2061164785/0, único documento hábil para provar a exportação.

Ressalto que “Fatura Comercial” ou “Comercial Invoice” e “Registros de Exportação” por si só não são elementos suficientes para provar a efetiva exportação. É certo que tal comprovação poderia ser feita através da Declaração de Despacho de Exportação – DDE, por conter o número do documento fiscal e do Registro de Exportação caso fosse apresentada pelo contribuinte.

Observe que, apesar de ter sido intimado para apresentar a comprovação das exportações, conforme Termo de Intimação às fls. 65 e 511 dos autos, o sujeito passivo não atendeu as solicitações.

Assim, deverá ser excluída a importância de R\$ 113.431,48, referente ao mês de setembro lançada nesta infração, e mantidos os demais valores porque não houve comprovação da exportação. Sendo que, com a exclusão da quantia mencionada acima fica a Infração 04 parcialmente subsistente, no montante de R\$133.984,05, que representa a soma dos valores remanescentes da imputação.

Em relação à Infração 05, o contribuinte foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS devido em virtude de ter dado saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício fiscal de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento dos produtos por parte da SUFRAMA.

Examinando as peças do processo verifico que o sujeito passivo visando provar a internação dos produtos constantes das notas fiscais relacionadas no demonstrativo elaborado pelo autuante, à fl. 49, trouxe aos autos cópias autenticadas do livro Registro de Entrada dos destinatários; cópias das notas fiscais, com carimbos da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas, e em alguns casos carimbos das portarias e dos almoxarifados dos destinatários; declarações das empresas destinatárias acusando o recebimento dos produtos; conhecimentos de transporte rodoviário de carga e declaração de ingressos de mercadoria nacional na ZFM, às fls. 233 a 260 e 434 a 470 dos autos.

Não há dúvida que o documento primário comprobatório do internamento das mercadorias é o documento expedido pela SUFRAMA, entretanto em respeito aos princípios da busca da verdade material e da informalidade, norteadores do processo administrativo fiscal, na ausência da declaração do internamento dos produtos por parte da SUFRAMA, as provas juntadas aos autos, no meu entendimento, comprovam o internamento dos produtos na Zona Franca de Manaus, atende a condição para a fruição da isenção prevista no art. 29, III, do RICMS-BA.

Saliento que o contribuinte transcreveu na peça de defesa trechos de ementas atinentes a diversos julgamentos das Juntas e das Câmaras de Julgamento deste CONSEF com o mesmo entendimento acima delineado, a exemplo do Acórdão CJF nº 131-12/07.

Portanto, julgo improcedente a imputação fiscal relativa a este item do Auto de Infração.

Diante do exposto 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 **279196.0003/07-9**, lavrado contra **BRASKEM S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$507.516,90**, acrescido de multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, “f”, VII, “a”, da Lei nº 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, 29 de agosto de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR