

A. I. N° - 269194.0040/11-8
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTES - FRANCISCO DE ASSIS B. BELITARDO CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 11.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0072-02/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. Reconhecida pelo autuado, exceto o período que alega decadência. Não acolhida a arguição de decadência. Infração caracterizada; **b)** ENERGIA ELÉTRICA. Reconhecida pelo autuado, exceto o período que alega decadência. Não acolhida a arguição de decadência. Infração caracterizada; **c)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Demonstrado pelo autuante que são bens destinados ao uso e consumo. Infração caracterizada; **d)** BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. UTILIZAÇÃO SUPERIOR A 1/48. Acolhida parte da arguição do autuado relativa à inclusão do IPI. Reduzido o valor da exigência. Infração parcialmente procedente; **e)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. UTILIZAÇÃO A MAIS. Acolhida parte da arguição do autuado relativa à inclusão do IPI. Reduzido o valor da exigência. Infração parcialmente procedente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DE CONSUMO E PARA ATIVO IMOBILIZADO. Reconhecida pelo autuado, exceto o período que alega decadência. Não acolhida a arguição de decadência. Infração caracterizada. 3. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SUFRAMA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O benefício fiscal está atrelado à comprovação, na forma regulamente prevista, da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário. O autuado não consegue comprovar o atendimento de tal condição. Infração caracterizada. 4. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DAS SAÍDAS DAS MERCADORIAS DO PAÍS. Acolhida partes das notas fiscais demonstradas pelo autuado. Infração parcialmente caracterizada. 5. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Acolhida partes das notas fiscais demonstradas pelo autuado. Infração parcialmente caracterizada. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração devidamente caracterizada, conforme infração 03. Rejeitadas as preliminares de nulidades e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 07/04/2011 e exige ICMS, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$283.343,20, em razão de terem sido constatadas as irregularidades abaixo citadas.

Infração 01: utilizou crédito fiscal de ICMS indevido relativo à aquisição de serviço de comunicação, no valor principal de R\$1.446,92, multa de 60%;

Infração 02: utilizou crédito fiscal de ICMS indevido relativo à aquisição de energia elétrica, em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização. ICMS no valor principal de R\$23.605,10, multa de 60%;

Infração 03: utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de material para uso e consumo, no valor principal de R\$65.937,23. Multa de 60%;

Infração 04: deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federal e destinadas ao consumo. Consta aquisição para ativo imobilizado. Valor principal de R\$8.016,97. Multa de 60%;

Infração 05: utilizou crédito fiscal de ICMS indevido relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriado em valor superior à razão de 1/48, no valor principal de R\$16.540,20. Multa de 60%;

Infração 06: utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriado em valor superior ao permitido pela legislação. ICMS no valor R\$ 16.202,58. Multa de 60%;

Infração 07: deixou de recolher o ICMS na saída de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus sem a comprovação do internamento, no valor principal de R\$ 29.417,72. Multa de 60%;

Infração 08: deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saídas do país por intermédio de Guias ou Registro de Exportação. ICMS no valor de R\$67.538,79. Multa de 60%;

Infração 09: deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor principal de R\$ 67.538,79, multa de 60%;

Infração 10: deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas, internas e interestaduais, relativo à aquisição de material para uso e consumo, no valor principal de R\$ 669,48, multa de 60%.

O autuado, às fls. 42 a 64, alega, preliminarmente, decadência com base no artigo 156, V, do CTN. Argumenta que o auto de infração foi lavrado em 07.04.2011, com notificação válida tão somente em 08.04.2011, havendo consumação da decadência do crédito tributário relativo aos períodos de apuração de Jan/2006, fev/2006 e Mar/2006, trazendo jurisprudência do Eg. Superior Tribunal. (AgRg no REsp 1152747/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJ e 22/02/2011).

Reconhece as infrações 01 e 02, exceto em relação aos períodos alcançados pela decadência, conforme exposto.

Quanto à infração 03, afirma que a fiscalização exige crédito fiscal indevido de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento autuado e a infração 10 refere-se à diferença de alíquotas dos referidos materiais adquiridos de outras unidades da Federação.

Assegura que procederá ao pagamento do crédito tributário relativo aos seguintes produtos: (i) Tambor Metálico Azul, (ii) Ar Medicinal, (iii) Dianodic, (iv) Flogard, (v) Corresshield e (vi) Spectrus.

Entende que não há como prosperar a glosa dos créditos em relação aos demais produtos, tendo em vista que indispensáveis ao processo produtivo da Impugnante, conforme segue:

(A) DO PROCESSO PRODUTIVO DA PEI

01. *Atualmente, na Bahia, dentro da cadeia de polietileno, a Braskem conta com três unidades produtivas com características e propósitos específicos: PE1, PE2 e PE3.*
02. *Com efeito, cumpre-nos apresentar uma breve exposição da cadeia petroquímica e especificamente do processo produtivo da PE1 (estabelecimento autuado pela fiscalização) para a melhor compreensão do caso e identificação do tratamento adequado a ser dispensado por esse Eg. CONSEF.*
03. *A PE1 é uma planta industrial que se dedica à fabricação de resinas de polietileno (segunda geração da cadeia petroquímica), produto acabado comercializado pela unidade da BRASKEM ora autuada a diversos clientes dos mais variados segmentos.*
04. *Em brevíssimo resumo, eis a dinâmica da cadeia petroquímica, em todas as suas três gerações:*
 - (I) *As plantas industriais da primeira geração petroquímica produzem o eteno, propeno e outros petroquímicos básicos, que se consubstanciam insumos da PE1;*
 - (II) *A PE1, por sua vez, transforma esses insumos em Polietileno de Alta Densidade (PEAD) e Polietileno de Baixa Densidade Linear (PEBDL), todos de segunda geração petroquímica, comercializados aos clientes da BRASKEM;*
 - (III) *Finalmente, os clientes da BRASKEM processam as resinas termoplásticas em produtos para consumo (terceira geração).*
05. *Durante o processo produtivo da PE1, são utilizados diversos elementos para a reação dos insumos e obtenção do polietileno com diferentes propriedades, peso molecular, densidade, coloração, porosidade e fluidez, dentre outros aspectos.*
06. *Essas diferentes propriedades e características são ajustadas aos interesses dos clientes da BRASKEM, conforme aplicações dadas aos seus respectivos produtos finais da terceira geração da cadeia petroquímica, por exemplo, fabricação de coletes a prova de bala, capacetes, filmes, sopros, dentre outros produtos da indústria plástica.*
07. *Nesse contexto, é inconteste o direito ao crédito em relação à parte dos produtos questionados pela fiscalização, a saber: (i) Metanol Uvasol HPLC OMNISOLV, (ii) Hidrogênio Alta Pureza CFE EMP, (iii) Gás Especial Hidrogênio Cromatografia, (iv) Metanol, (vi) Hidrogênio Cromatografia 7,3M3, (viii) Monóxido de Carbono, (ix) Óleo Mineral Branco Emcaplus1 e (x) GLP, conforme se demonstrará a seguir pormenorizadamente.*
 - (B) CROMATÓGRAFO
08. *Inicialmente, verifica-se a improcedência da autuação em relação aos produtos (I) Metanol Uvasol HPLC OMNISOLV, (II) Hidrogênio Alta Pureza CFE EMP, (III) Gás Especial Hidrogênio Cromatografia, (IV) Metanol, (VI) Hidrogênio Cromatografia 7,3M3.*
09. *A premissa da autuação decorreu de que os referidos produtos eram utilizados em Laboratório. Tal premissa, todavia, está equivocada. Em verdade, referidos produtos são utilizados em importante etapa da cadeia produtiva da PE1 no equipamento denominado Cromatógrafo.*
10. *O Cromatógrafo da PE1 é conectado ao processo produtivo e responsável pela análise da concentração e propriedades das matérias-primas utilizadas durante a produção (eteno, buteno ou hexeno, hidrogênio, nitrogênio e catalisadores). Assim, permite a realização de ajustes na transformação dos insumos em polietileno comercializável.*
11. *A PE1, diferente de outras unidades, é muito dependente da análise instantânea e constante da mistura e propriedade dos insumos e produtos intermediários em todo o seu processo produtivo, razão pela qual o Cromatógrafo é utilizado diretamente em linha de produção (Doc 03). Em outras unidades, tal equipamento é utilizado apenas em*

Laboratório. Não é o caso da PE1 em que o Cromatógrafo faz parte do processo, conforme ilustração abaixo:

12. *Conforme ilustração acima e fotos anexas, o Cromatógrafo constantemente analisa a propriedade da mistura dos elementos em processo na planta, subsidiando a tomada de decisões da engenharia de produção, seja para ajustar a quantidade de um determinado insumo, seja para aplicar determinado aditivo, dentre outras possíveis contingências do processo.*

13. *Portanto, a atividade exercida pelo Cromatógrafo e seus produtos afetam a eficiência e qualidade do polietileno comercializado pela BRASKEM, inclusive para obtenção do correto peso molecular, densidade, porosidade, fluidez, dentre outras propriedades.*

14. *Diante de todo o exposto, restou demonstrado que os produtos utilizados no Cromatógrafo não consubstanciam material de uso e consumo da PE1, tornando insubsistente a autuação fiscal neste particular.*

(C) MONÓXIDO DE CARBONO

15. *O monóxido de carbono é aplicado diretamente no processo produtivo da PE1 para desativar o catalisador do reator e parar a reação de polimerização (Doc. 04). Quando a atividade catalítica torna-se inadequada o monóxido de carbono substitui o principal insumo (eteno) dentro do Reator, interrompendo as reações de polimerização (cf. ilustração acima). Caso não haja controle da temperatura e utilização do monóxido de carbono o polietileno começa se fundir, inviabilizando a obtenção do produto final. Tal produto, pois, tem contato direto no processo produtivo do polietileno, não caracterizando material de uso e consumo, ao contrário do que afirma a autuação.*

(D) ÓLEO MINERAL BRANCO EMCAPLUS 1

16. *Trata-se de produto utilizado para lubrificação e resfriamento durante o processo produtivo, mantendo contato direto com o principal insumo (eteno) nas passagens pelo reator e compressor da PE1.*

17. *Referido produto tem grau medicinal, sem a presença de qualquer aditivo, tendo em vista o contato direto com os insumos para obtenção do produto final.*

(E) GLP

18. *Trata-se de produto utilizado para alimentar o sistema de tocha (flare) e mantê-lo sempre aceso. O equipamento em questão tem por principal objetivo queimar os hidrocarbonetos presentes nas correntes de gases que vem de outros sistemas da unidade, evitando a liberação dos mesmos na atmosfera. Sem a utilização do GLP, portanto, a PE1 não pode operar.*

Entende que os produtos ora impugnados foram considerados pela fiscalização como bens de uso e consumo, entretanto, são indispensáveis ao processo produtivo da PE1.

Afirma que a descrição apresentada deixa clarividente que os materiais são consumidos no processo industrial e mantém contato direto com insumos (eteno/catalisadores), na condição de elemento indispensável à obtenção do polietileno. Dessa forma, enquadram-se no conceito de produtos intermediários, previsto no art. 93, § 1º, do RICMS/BA.

Destaca a decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa segue reproduzida:

“CRÉDITO FISCAL – PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS

Em recurso, de que não conheceu, unanimemente, decidiu o Tribunal seguindo o voto do relator: ‘No RE nº 79.601, assim foi ementada a decisão, sendo Relator o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro:

“ICM – não cumulatividade – Produtos Intermediários que se consomem ou se inutilizam no processo de industrialização como candinhos, lixas, feltros, etc., não são integrantes ou

acessórios das máquinas em que se empregam, mas devem ser computados no produto final para fins de crédito do ICM, pelo princípio da não cumulatividade deste. Ainda que não integrem o produto final, concorrem direta e necessariamente para este porque utilizados no processo de fabricação, nele se consumindo.” (DJ de 08.05.75). NO RE nº 90.205, Relator o eminente Ministro Soares Muñoz, a conclusão não é diferente (RTJ 92/856). Diz a ementa: “Tributário. ICM. Não cumulatividade. Materiais refratários, utilizados na indústria siderúrgica, que se consomem no processo de fabricação, ainda que não se integrando no produto final.”

(grifos nossos)

(2ª Turma do STF, RE 96.643 de MG, RTJ 107, págs. 732/5)

Conclui que não há que se falar em simples “uso e consumo” dos produtos objeto de impugnação, sendo comprovada a caracterização como produtos intermediários, o que deve ensejar o cancelamento parcial da presente infração.

Quanto à infração 04, afirma que procederá ao pagamento do crédito tributário exigido na referida infração, exceto em relação aos períodos alcançados pela decadência, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Em relação à infração 05 afirma que a fiscalização alega o crédito indevido de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se em valor superior ao permitido pela legislação (1/48). A infração 06 refere-se ao crédito a maior da diferença de alíquotas relacionada na infração 05.

Entende que, nesse caso, o crédito escriturado pela Impugnante no Registro de Apuração do ICMS levou em consideração as notas fiscais de entrada, conforme determina a legislação (Doc. 05). Por outro lado, a fiscalização utilizou-se exclusivamente das informações prestadas pela Impugnante no arquivo SINTEGRA, que, isoladamente, não refletem a real base de cálculo passível de creditamento. Assim, acabou por reduzir indevidamente o crédito passível de apropriação, mês a mês, notadamente por não ter considerado o valor do IPI destacado em cada nota fiscal.

Afirma que as notas fiscais abaixo relacionadas, por amostragem, em cada competência, revelam a nulidade do procedimento adotado pela fiscalização que se pautou, exclusivamente, no arquivo SINTEGRA (Doc. 06):

Competência	Nota Fiscal	Base Fiscalização	Base Real	Diferença
Mar/06	3709	1.100,00	1.155,00	(55,00)
	6180	5.508,00	5.832,00	(324,00)
	197	746.060,00	755.400,00	(9.340,00)
	108979	288,73	479,32	(190,59)
	19513	14.024,56	14.725,79	(701,23)
	51481	1.869,90	2.056,89	(186,99)
	885460	1.343,58	1.410,76	(67,18)
	885462	1.146,04	1.203,34	(57,30)
	885456	284,52	298,75	(14,23)
	885458	699,16	734,12	(34,96)
	886476	1.697,44	1.782,31	(84,87)
	885461	285,04	299,30	(14,26)
	885457	419,30	440,26	(20,96)
	885455	505,76	531,05	(25,29)
	885459	1.469,92	1.543,42	(73,50)
	14538	591,15	620,71	(29,56)

	3564	1,96	2.517,84	(2.515,88)
	4046	285,40	318,82	(33,42)
Abr/06	53420	14.959,20	16.455,12	(1.495,92)
	43	0,40	91,23	(90,83)
Ago/06	16150	398,88	418,82	(19,94)
	16187	545,55	572,83	(27,28)
	16208	1.202,85	1.282,99	(80,14)
	16233	4.009,50	4.208,98	(199,48)
	56540	6.284,00	6.639,52	(355,52)
Set/06	56647	9.546,00	10.309,68	(763,68)
	35557	260,72	273,76	(13,04)
	64035	9.612,00	11.053,80	(1.441,80)
	16445	1.281,90	1.346,00	(64,10)
	5223	1.097,60	1.152,48	(54,88)
	16446	2.540,65	2.667,68	(127,03)
	116683	57.600,00	63.360,00	(5.760,00)
	16625	159,90	167,90	(8,00)
	5880	604,08	644,28	(40,20)
	16691	208,00	218,40	(10,40)
	87317	3.329,00	3.828,35	(499,35)
	5419	383,64	402,82	(19,18)
	87318	752,00	864,80	(112,80)
	183832	177,02	360,01	(182,99)
	5977	178,30	503,80	(325,50)
Dez/06	7440	511,60	616,40	(104,80)
	17850	3.638,51	4.397,81	(759,30)
	17851	1.343,04	1.529,43	(186,39)

Registra que este Eg. CONSEF vem entendendo que o documento extraído do SINTEGRA é apenas um indício de irregularidade. O resultado de qualquer fiscalização, fundado nos extratos do SINTEGRA, não é fator decisivo, não traduz certeza, enfim, não é admissível como prova conclusiva, servindo apenas como indício da existência de irregularidades. Os registros fiscais e contábeis da Impugnante não estão suportados exclusivamente no lançamento do arquivo SINTEGRA, mas exatamente nas notas fiscais de entrada que, sob o aspecto legal, legitimam o direito de crédito.

Conclui que devem ser canceladas as exigências contidas nas infrações 05 e 06 por flagrante nulidade, haja vista que não há elementos para se determinar, com segurança, a infração, a teor do art. 18, IV, “a” do RPAF.

Na infração 07, afirma que a fiscalização exige o ICMS em virtude de saída de produto industrializado para a ZFM com benefício de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA (Doc. 12). Nesse caso, todas as saídas tiveram como destinatária a empresa RS Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., situada na Zona Franca de Manaus.

Entende que frente ao princípio da verdade material, sucessivamente, a Impugnante juntará aos autos documentação comprobatória da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário. Finalmente, com base no citado princípio, que rege o processo administrativo fiscal, requer seja expedida notificação ao destinatário dos produtos comercializados para ratificar as

alegações ora articuladas de que os produtos foram vendidos para a RS Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. e internalizados na ZFM.

Na infração 08, aduz que a fiscalização exige o ICMS supostamente não recolhido nas saídas de mercadorias com o fim de exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. Entretanto, a partir da análise do demonstrativo elaborado pela fiscalização, verifica-se a improcedência da autuação em relação às notas fiscais nºs 115.935, 117.843, 118.517, 120.509, 120.513, 124.321, 124.320 e 130.455 (Doc. 07). Isto porque, em todas as operações houve mera devolução de cilindros vazios que acondicionaram produtos recebidos por admissão temporária. Portanto, prevalece norma específica de isenção do ICMS prevista no art. 19, I, "a", do RICMS/BA.

Da mesma forma, entende que não deve prevalecer a exigência em relação às demais notas fiscais relativas às saídas de polietileno, pois em relação à NF nº 130.928 houve efetiva exportação através do RE nº 2061544590/0. Por equívoco, no campo relação de notas fiscais por estabelecimento, houve erro no preenchimento do RE que fez referência à NF 130.828 (Doc. 08).

Consigna que o erro formal pode ser afastado por diversas formas: (i) a nota fiscal faz expressa menção ao container e lacre do RE; (ii) há correlação entre a data de emissão da NF e RE; (iii) há coincidência na quantidade de mercadorias exportadas (Peso Líquido Total 208000,00 / Quantidade NFs (8) = 26.000). Por sua vez, na NF nº 126.355 também houve efetiva exportação através do RE nº 2061013612/7. Ocorre que, por equívoco, não foi mencionada a NF nº 126.355 no campo relação de notas fiscais por estabelecimento (Doc. 09).

Alinha que, entretanto, o erro formal pode ser afastado por diversas formas: (i) a nota fiscal faz expressa menção ao container e lacre do RE; (ii) há correlação entre a data de emissão da NF e RE; (iii) há coincidência na quantidade de mercadorias exportadas (Peso Líquido Total 495000,00 / Quantidade NFs (20) = 24.750).

Em relação ao erro de preenchimento, afirma ser oportuno o tratamento conferido pelo precedente abaixo, no Recurso Especial nº 33757-8-PR, julgado em 15.03.1995, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“O direito não fica alheio às realidades sociais, nem se divorcia do bom senso, devendo a sua compreensão ser ajustada à justiça das normas. Não pode ser desajustado, nem injusto”

Assim, afirma que deve ser superado o erro material no preenchimento dos registros de exportação, sob pena de sobrepor a forma sobre o direito material incontestado.

Entende relevante, ainda, a transcrição de precedente deste Eg. CONSEF, convergindo com a defesa ora esposada:

EMENTA: ICMS. EXPORTAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. VENDAS A TURISTAS ESTRANGEIROS EM TRÂNSITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação estadual da época exclui expressamente da incidência tributária as operações que destinem mercadorias ao exterior. As exportações estão fartamente documentadas, com indicação, nas Notas Fiscais, dos nomes dos adquirentes, individualizados pelos respectivos passaportes. As transações foram efetuadas em moeda estrangeira, estando regulares os Contratos de Câmbio e os Registros de Exportação, devidamente averbados na repartição aduaneira e contendo os números de despachos emitidos pelo SISCOMEX, comprovando as exportações. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

(1ª Junta de Julgamento Fiscal, Auto de Infração nº - 180462.0011/00-8, Acórdão JJF nº 0185/01).

Por fim, argumenta que deve ser cancelada a exigência relativa à NF 117.937, tendo em vista a comprovação de que foi alcançada pela decadência. Sucessivamente, sem prejuízo da referida alegação, a Impugnante juntará aos autos documentação comprobatória da efetiva exportação, frente ao princípio da verdade material.

Na infração 09 argui que a fiscalização exige o ICMS supostamente não recolhido nas saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Nesse caso, a partir da análise das notas fiscais relacionadas pela fiscalização, apenas nas saídas de polietileno (produto final) se poderia cogitar a tributação pelo ICMS. Todavia, todas as saídas de polietileno foram para clientes, à época, beneficiários do Programa BAHIAPLAST com diferimento do ICMS, nos moldes do art. 7º do Decreto nº 7.439/98.

Observa que em todas as notas fiscais a Impugnante registrou, expressamente, o número do Certificado de Habilitação dos destinatários, ratificando a regularidade do procedimento adotado.

Em relação às demais notas fiscais também não é devida a cobrança do ICMS, pois a NF nº 115.893: devolução das mercadorias recebidas através da nota fiscal de entrada nº 05767, em virtude da recusa pela empresa. A empresa utilizou corretamente o CFOP 6.556. Não incidência do ICMS nos termos do art. 6º, XVI, do RICMS/BA; a NF nº 122.079: retorno de cilindros de aço enviados por empréstimo, através da fiscal de entrada nº 0643 de 18.04.2006. Não incidência do ICMS nos termos do art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/BA; a NF nº 128.082: retorno de produto recebido por empréstimo, através da nota fiscal de entrada nº 250. Não incidência do ICMS nos termos do art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/BA; a NF nº 121.704: envio de mercadoria a título de empréstimo. Não incidência do ICMS, nos termos do art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/BA; a NF nº 117.888: envio de painel de ferramentas a título de empréstimo. Não incidência do ICMS, nos termos do art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/BA.

Assim, conclui que merece ser cancelado integralmente o crédito tributário exigido na presente infração, tendo em vista que as saídas, comprovadamente, não estavam sujeitas à tributação pelo ICMS.

Adicionalmente, a Impugnante requer que seja procedida diligência fiscal, nos termos do disposto nos arts. 123, § 3º e 145 do RPAF, a fim de apurar a utilização dos produtos glosados nas infrações 03 e 10, já indicando os seguintes quesitos iniciais, sem prejuízo da oferta de quesitos suplementares:

- 1 - Os produtos Metanol Uvasol HPLC 0MNISOLV, Hidrogênio Alta Pureza CFE EMP, Gás Especial Hidrogênio Cromatografia, Metanol, Hidrogênio Cromatografia 7,3M3 são utilizados no equipamento Cromatógrafo? Se positivo, informar se o equipamento encontra-se conectado à linha de produção da PE1. Informar também se o equipamento é responsável pela análise de insumos utilizados no processo produtivo.
- 2 - O produto monóxido de carbono é utilizado no processo produtivo da PE1 para controle da atividade catalítica?
- 3- O produto óleo mineral branco emcaplus é produto com grau medicinal? O produto mantém contato com os insumos dentro do processo produtivo?
- 4 - É possível a obtenção do produto final sem que seja consumido o GLP pela planta PE1?

Por oportuno, desde já, apresenta como Assistente Técnico o Engenheiro Sr. Ricardo Guerreiro Muller, funcionário da Impugnante, com endereço profissional na PE1, declinado no preâmbulo da presente impugnação.

Por todo o exposto, requer a nulidade do auto de infração ou, subsidiariamente, no mérito, improcedente o lançamento, com o conseqüente arquivamento do presente processo, pelos fundamentos acima invocados, sem prejuízo da decadência suscitada.

Requer, também, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito.

O autuante, às fls. 207 a 216 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando, quanto a decadência do período de janeiro a março de 2006, em virtude do disposto no artigo 150, parágrafo 4º do CTN – Código Tributário Nacional, que o preceito legal desse mesmo diploma legal que se aplica aos prazos de decadência para a Fazenda Pública Estadual é o artigo 173,

inciso I que compõe a Seção IV – Demais modalidades de extinção – do Capítulo IV – Extinção do crédito tributário. Desta forma, todos os débitos das infrações cujas datas de ocorrência estiverem compreendidos entre os meses de janeiro a março de 2006 devem ser considerados perfeitamente válidos e eficazes, portanto procedentes.

Quanto às infrações 01 e 02, afirma que a autuada reconheceu a procedência parcial dessas infrações, assegurando que procederá ao recolhimento de todo o débito lançado nestas 02 infrações, exceto para o período de janeiro de março de 2006 em virtude de uma suposta decadência, que, como explicitado no item anterior, não procede.

Assim, pugna pela procedência total destas 02 infrações.

Quanto às infrações 03 e 10, aduz que a impugnante reconhece a procedência crédito tributário relativamente aos produtos tambor metálico azul, ar medicinal, dianodic, flogard, corresshield e spectrus. Este reconhecimento se aplica tanto à infração 03 quanto a 10. Para os demais itens houve impugnação, que será contra arrazoada na mesma seqüência adotada pela autuada.

Alinha que o Metanol uvasol HPLC, hidrogênio alta pureza, gás especial hidrogênio cromatografia, metanol e hidrogênio cromatografia: Para todos esses casos a autuada traz a mesma explicação: associa o seu uso a um aparelho chamado cromatógrafo. Ele executa medições relativas, principalmente, a concentrações de materiais que fluem nas tubulações dos processos industriais e a partir dos dados obtidos subsidia os técnicos de processo possibilitando ajustes nas quantidades de materiais a injetar na planta industrial. Desta forma os materiais discutidos neste item não compõem nem são consumidos no processo produtivo da impugnante, visto que seu uso serve apenas para propiciar ao cromatógrafo a possibilidade de aferição das concentrações e certas propriedades das correntes de processo e ajustes de vazões (quantidades) dos diversos insumos que são carregados para o processo industrial.

Entende que o fato desses cromatógrafos estarem instalados dentro de um espaço físico que se destina à realização de análises químicas e físicas, o laboratório, ou em área externa ou mesmo acoplado a alguma tubulação que compõe o sistema produtivo, não descaracteriza a sua função em uma unidade industrial: promover análises. Ou seja, estando instalado em qualquer desses espaços físicos, ele é apenas um aparelho que se utiliza de matérias que são usados com a finalidade de analisar correntes de processo, estando assim associados ao controle de qualidade do produto.

Consigna que, dentro do entendimento histórico adotado pela Secretaria da Fazenda da Bahia, corroborado pela Portaria publicada de há muito pelo Procurador Johnson Barbosa que divide os processos produtivos em correntes principais e secundárias, esses materiais usados nos cromatógrafos jamais poderiam ser considerados matérias primas ou insumos, pois fariam parte daquelas correntes secundárias, assim como os produtos usados em tratamento de água de refrigeração, de segurança industrial, produtos de mecânica etc.

Quanto ao Monóxido de carbono: entende que este material tem efetivamente contato direto com o processo produtivo, só que de forma forçada e acidental e nunca, como quer fazer crer a empresa, para substituir o principal insumo da planta industrial de produção de polietileno - o eteno -. Ele é adicionado ao leito reacional para desativar a ação do catalisador – promotor da reação química – em situações de emergência (ver anexo 1).

Em relação ao Óleo mineral branco emcaplus afirma: Trata-se de óleo de selagem de equipamentos como pode ser visto em documento – anexo 1 – elaborado pela própria autuada, nada tendo a ver com as razões trazidas nesta impugnação, pois este material apenas impede que os fluidos de processo escapem da tubulação para o meio ambiente, contaminando-o e havendo também perda desses fluidos, por isso é chamado de material de selagem, já que forma um selo protetivo.

Para o GLP aduz: O gás natural é realmente utilizado para alimentar o sistema “flare” do processo industrial. Ele é um combustível que “queima” os gases indesejáveis – sub produtos gerados nas

reações químicas – que são para lá carreados, gerando substâncias menos nociva ao meio ambiente.

Complementa que há um grande equívoco porém, quando a empresa aduz com a impossibilidade da unidade fabril conhecida por PE1 continuar a operar sem o uso do GLP. Esta é apenas uma questão de projeto, de concepção da unidade industrial, que, como já afirmado acima, serve para transformar esses resíduos/sub produtos em substâncias menos agressivas ao meio ambiente. O seu não uso absolutamente não impede a elaboração dos produtos principais da empresa, muito menos impossibilita a continuidade da produção industrial. O GLP não tem qualquer participação direta nas reações principais da planta industrial.

A despeito de sua importância para o meio ambiente, assegura que o gás natural é um típico material de uso e consumo tendo finalidade APENAS de controle ambiental. Ademais não há, pela análise da legislação estadual baiana, possibilidade de uso do crédito fiscal quando de sua aquisição, já que não é um produto intermediário.

Aduz que este já é um tema muito repisado, com jurisprudência por parte desta Corte, a seu ver, praticamente uníssona, quanto à necessária glosa do crédito fiscal destes tipos de materiais, que historicamente nunca foram aceitos pela SEFAZ como insumos, mas como materiais de uso e consumo.

Conclui pela procedência total destas infrações 03 e 10

No que atine a infração 04, alinha que a autuada reconheceu a procedência parcial dessa infração, afirmando que procederá ao recolhimento de todo o débito lançado nestas 02 infrações, exceto para o período de janeiro de março de 2006 em virtude de uma suposta decadência, que, como já explicitado, não procede.

Assim, pugna pela procedência total desta infração.

Em relação às infrações 05 e 06, aduz que a autuada limitou-se a anexar cópias do livro registro de apuração de ICMS dos meses questionados e de diversas notas fiscais que deu a entender que seriam notas que não constaram do arquivo SINTEGRA, mas que comporiam o acervo de documentos que embasariam os valores de crédito pelas aquisições de bens para o ativo fixo lançados em seu livro de apuração de ICMS – LRAICMS.

Consigna que a despeito de seus argumentos defensivos no sentido de que a autuação utilizou apenas informações constantes do já mencionado arquivo SINTEGRA, entende que a autuada montou uma tabela – folhas 55 e 56 do PAF - onde constam descrições de notas fiscais que, surpreendentemente, já constavam da planilha acostada ao PAF pela autuação – folhas 28 a 32-. Daí, irretorquível o trabalho executado pela autuação, visto que lá já se encontram todas as informações, inclusive com os mesmos valores, apontadas pela autuada. Basta uma simples comparação.

Assim, pelo equívoco, ou melhor, pela falta de informações da impugnante, nada deve ser modificado quanto a estas 02 infrações.

Pugna pela procedência total destas 02 infrações.

Para a infração 07, aduz que a impugnante argumenta apenas que o benefício da isenção nessas operações de remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus – ZFM – deve ser mantido, anexando cópias das notas fiscais de saídas, mas sem trazer qualquer comprovação de sua efetiva entrada – internamento – nesta região beneficiada.

Conclui que é imprescindível que se comprove este internamento evidenciando os registros de controle executado pela SUFRAMA, como prevê o art. 597, § 4 do Regulamento de ICMS baiano.

Desta forma, pugna pela procedência total desta infração.

No que se refere à infração 08, alinha que para as notas fiscais 115.935, 117.843, 118.517, 120.509, 120.513, 124.321, 124.320 e 130.455, a autuada justifica que se refere a devoluções de cilindros vazios que acondicionaram produtos recebidos por admissão temporária, anexa essas notas fiscais de

saídas de sua emissão, porém não acosta nenhum documento que comprove esta exportação. Por este motivo, não serão acatadas, neste particular, suas alegações defensivas.

Complementa que, para as 03 últimas notas fiscais, relativas às saídas de polietileno, a autuada entende que não deve haver a exigência fiscal, passando, o autuante, a analisar uma a uma, conforme segue:

NF 130.928: A justificativa quanto ao erro – de 130.928 para 130.828 - de descrição do número da nota fiscal não merece prosperar, pois também existe no arquivo SINTEGRA a nota fiscal 130.828 de emissão da autuada, com a mesma quantidade, mesmo produto, data muito próxima uma da outra, portanto o DDE 2061544590/0, como consta nos arquivos da Receita Federal e no próprio documento anexado pela empresa – folhas 178 a 180 do PAF - acoberta a nota fiscal 130.828 e não a 130.928. Para reforçar: caso se admitisse o contrário, seria agora a nf 130.828 a ficar desacoberta de comprovação de exportação. Caso este Conselho entenda necessário, bastaria solicitar da autuada a anexação de cópia desta nota 130.828 e confrontar os dados.

NF 126.355: Para esta nf, mais difícil ainda se torna a aceitação do exposto pela empresa, pois não há nem correlação dela com o DDE – Declaração de Despacho de Exportação – mencionado e anexado na defesa, além do mais, nem por quantidade exportada é possível fazer uma comparação liminar, já que ele se refere a diversas outras notas, que não foram anexadas.

NF 117.937: Para esta, não há qualquer fundamentação, salvo que teria sido alcançada pelo instituto da decadência, que, como já explicitado nesta informação fiscal, não procede.

Desta forma, pugna pela procedência total desta infração.

Quanto a Infração 09, em referência às notas fiscais de saídas de polietileno 118.763, 121.904, 125.159, 130.184, 129.657, 130.839 e 130.798, afirma alegar a autuada que para todas elas não se aplica a tributação de ICMS em virtude da existência de benefício fiscal BAHIAPLAST e anexa todas essas notas onde consta no corpo das mesmas números de certificado de habilitação para o sobredito benefício, todavia não anexa cópias desses certificados para se saber se estes se referem ao produto polietileno, se a nota fiscal foi emitida no período compreendido pelo benefício, se o certificado se refere efetivamente à autuada. Entende que desta maneira não há como aceitar os argumentos da defesa sem as devidas verificações nos próprios certificados de habilitação, que são individualizados.

Analizando, por último, as demais notas consigna:

NF 115.893: O CFOP praticada na nf indica devolução de compra de material de uso e consumo, que deve ser uma operação tributada. O contribuinte justifica ter havido não incidência do Icms nos termos do art-6, XVI do RICMS-Ba, só que este dispositivo salienta expressamente que é caso de não incidência devido a “demais situações em que não se configure fato gerador do imposto”.

NF 122.079: A autuada alega retorno de empréstimo, cujo CFOP deveria ser 5909, indica a existência de nf de entrada acobertando a mercadoria emprestada, mas sem anexá-la. Portanto, sem demonstrar suas fundamentações, não há como aceitá-las.

NF 128.082: Mesma informação prestada com relação à nf anterior.

NF 121.704: Além de equívoco quanto ao CFOP, caso tenha sido realmente um empréstimo, não provou o retorno do produto.

NF 117.888: Mesma informação prestada com relação à nf anterior.

Desta forma, pugna pela procedência total desta infração.

Conclui que não havendo mais infrações e/ou razões de defesa a tratar, ratifica a ação fiscal em toda a sua integralidade, pugnando a este Egrégio Conselho pela procedência total do respectivo

Auto de Infração, com o fim de condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário com todos os seus consectários legais.

A autuada, às fls. 222 a 230 dos autos, apresenta manifestação, reafirmando as arguições de decadência relativo aos períodos de apuração de Jan/2006, Fev/2006 e Mar/2006.

No que se refere às infrações 03/10, não há como prosperar o enquadramento dos itens glosados como de uso e consumo, conforme literalmente segue:

(A) *METANOL UVASOL HPLC, HIDROGÊNIO ALTA PUREZA, GÁS ESPECIAL HIDROGÊNIO CROMATOGRRAFIA, MATANOL E HIDROGÊNIO CROMATÓGRAFIA:*

19. *Como narrado na impugnação todos esses produtos são utilizados pela Impugnante no equipamento denominado cromatógrafo. Na PE1, unidade específica em que se verificou a autuação, o aparelho é conectado ao processo produtivo, sendo responsável pela análise da concentração e propriedades das matérias-primas utilizadas durante a produção.*

20. *Aliás, a própria fiscalização reconhece que “seu uso serve apenas para propiciar ao cromatógrafo a possibilidade de aferição das concentrações e certas propriedades das correntes de processo e ajustes de vazões (quantidades) dos diversos insumos que são carreados para o processo industrial.”*

21. *Referido produtos, portanto, enquadram-se no conceito de produtos intermediários, entendidos como os bens materiais que se inutilizam no processo de industrialização, exigindo sua renovação ao cabo de cada participação no processo produtivo, embora não se integrem ao produto acabado.*

(B) *MONÓXIDO DE CARBONO*

22. *Inicialmente, verifica-se que o anexo apresentado pela fiscalização é imprestável para o desfecho do presente julgamento, pois trata-se de uma antiga descrição da OPP Química S/A, incorporada pela Braskem, cuja operação e processo produtivo não guarda sintonia com a planta industrial do estabelecimento autuado. Deve-se, pois, analisar o caso concreto, para evitarmos decisões incongruentes com os fatos que ensejaram a autuação.*

23. *Atualmente, na Bahia, dentro da cadeia de polietileno, a Braskem conta com três unidades produtivas com características e propósitos específicos: PE1, PE2 e PE3, fato não considerado pela fiscalização.*

24. *Como mencionado pela própria fiscalização, o monóxido de carbono é adicionado ao leito reacional para desativar a ação do catalisador, promotor da reação química. A situação emergencial, uma de suas funções, apenas reforça sua utilização dentro de processo produtivo, nesse caso como produto intermediário que interrompe a atividade catalítica, mediante anulação/substituição do principal insumo (eteno), interrompendo as reações de polimerização.*

25. *Caso não haja controle da temperatura e utilização do monóxido de carbono o polietileno começa se fundir, inviabilizando a obtenção do produto final.*

(C) *ÓLEO MINERAL BRANCO*

26. *Mais uma vez, o documento apresentado pela fiscalização não deve influenciar no presente julgamento. Nesse caso, trata-se de produto utilizado para lubrificação e resfriamento durante o processo produtivo, mantendo contato direto com o principal insumo (eteno) nas passagens pelo reator e compressor da PE1.*

27. *Como mencionado, referido produto tem grau medicinal, sem a presença de qualquer aditivo, exatamente pelo contato direto com os insumos, questão que poderá ser comprovada por diligência fiscal, se houver necessidade.*

(D) *GLP*

28. *Da mesma forma, o GLP é indispensável para o pleno funcionamento do sistema de tocha (flare), equipamento responsável pela queima dos hidrocarbonetos presentes nas correntes de gases que vem de outros sistemas da unidade. Portanto, inquestionável sua participação dentro do processo produtivo.*

Quanto as infrações 05 e 06, aduz, mais uma vez, a fiscalização pautou-se no arquivo SINTEGRA para quantificar o crédito passível de escrituração pela Impugnante, o que resultou na fragilidade da autuação. Isto porque, o resultado de qualquer fiscalização, fundado nos extratos do SINTEGRA, não é fator decisivo, não traduz certeza, enfim, não é admissível como prova conclusiva, servindo apenas como indício da existência de irregularidades.

Consigna que, em verdade, restou demonstrado na impugnação que o crédito apurado pela fiscalização é inferior ao destacado nas notas fiscais de aquisição, o que pode ser confirmado pela análise das notas fiscais autuadas e no demonstrativo elaborado pela empresa.

No que atine a infração 7, assegura que as alegações e provas alternativas (NF's) colacionadas aos autos são inequívocos que as mercadorias foram internalizadas no território sob a jurisdição da SUFRAMA em reforço a tudo quanto foi exposto, requer a juntada do Registro de Entradas da destinatária, RS Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., comprovando o efetivo recebimento na Zona Franca de Manaus.

Afirma que, caso esse órgão julgador entenda conveniente, o feito pode ser convertido em diligência, para notificar a única empresa destinatária sobre o recebimento das mercadorias no território da SUFRAMA, postura omitida pelo autuante, durante a fiscalização.

No caso da infração 08, alude que em relação às notas fiscais nsº 115.935, 117.843, 118.517, 120.509, 120.513, 124.321, 124.320 e 130.455, restou comprovado que houve mera devolução de cilindros vazios que acondicionaram produtos recebidos por admissão temporária. Com efeito, prevalece norma específica de isenção prevista no art. 19, I, "a", do RICMS/BA, não considerada pela fiscalização por ocasião da informação fiscal. Em relação à NF 130.928 restou comprovado que houve mero erro de digitação no Registro de Exportação nº 2061544590/0, que consignou, por equívoco, a NF 130.828.

Alinha que na informação fiscal, o autuante sustenta que não houve erro de digitação. Assim, a Impugnante requer a juntada de cópia da NF 130.828 e do respectivo RE nº 2061544555/1, comprovando que houve mero erro de preenchimento no RE 2061544590/0.

Em relação à NF 126.355, da mesma forma, afirma que houve erro no preenchimento do Registro de Exportação, passível de correlação pelos seguintes aspectos: A nota fiscal faz expressa menção ao container e lacre mencionados no RE; Há coincidência na quantidade de mercadorias exportadas (Peso Líquido Total 495000,00 / Quantidade NFs (20 = 24.750); As notas são informadas no Registro de Exportação de forma sequencial, tendo havido mera omissão; Por fim, há correlação entre a data de emissão da NF e do RE.

Conclui que não é crível, portanto, admitir a postura do Autuante em sustentar a procedência da autuação, na medida em que todos os elementos fáticos e probatórios revelam a não ocorrência de fato atrativo da incidência do ICMS. Entende que essa postura, por certo, será revisada por essa JJF, em prestígio à segurança jurídica.

Para a infração 09 aduz que a fiscalização pautou-se, principalmente, nas informações prestadas pela Impugnante no arquivo SINTEGRA. Todavia, a Impugnante comprovou que as saídas de polietileno (NF 118.763, 121.904, 125.159, 130.184, 129.657, 130.839 e 130.798) foram realizadas para empresas beneficiárias do Programa BAHIAPLAST com diferimento do ICMS, nos moldes do art. 7º do Decreto nº 7.439/98.

Aduz que a fiscalização sustenta que não foram anexados os certificados de habilitação. Todavia, referidas informações estão disponíveis no próprio sistema da SEFAZ/BA, aliás, aspecto que deveria ter sido exaurido pela fiscalização frente ao princípio da verdade material. Em todo caso,

requer a juntada das telas de habilitação ao diferimento do ICMS dos estabelecimentos destinatários, sem prejuízo da validação interna na instrução do presente feito.

Em relação às demais notas fiscais considera que restou comprovado que se tratava de operações de empréstimo ou devolução de mercadorias, sem fato gerador do ICMS. Em tempo, requer a juntada das notas fiscais de entrada nº 005767 (ref. NF 115.893) e 0643 (ref. NF nº 122.079).

Por último, pede diligência fiscal, conforme quesitos oportunamente apresentados. Não se trata de medida protelatória, pelo contrário, referida prova mostra-se indispensável na medida em que a fiscalização não realizou qualquer vistoria *in loco* na planta da Impugnante.

Pelo exposto, ratificar a impugnação administrativa, em todos os termos em que formula, para que seja cancelado o crédito tributário impugnado.

Ratifica, ainda, o pedido de realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, conforme quesitos já formulados na impugnação administrativa.

A 2ª JF, em Pauta Suplementar, à fl. 252 dos autos, deliberou que o processo fosse encaminhado à Infaz de Camaçari, para que, após a manifestação do autuado, o autuante apresentasse nova informação fiscal.

O atuante, às fls. 254 a 258 dos autos, apresenta a nova informação fiscal ratificando, inicialmente, as arguições de decadência.

Quanto às infrações 03 e 10, seguem na literalidade as arguições do autuante:

A) Metanol uvasol HPLC, hidrogênio alta pureza, gás especial hidrogênio cromatografia, metanol e hidrogênio cromatografia: Também aqui, nada a acrescentar ao exposto na 1ª informação fiscal pelo fato da autuada não ter trazido argumentos novos.

B) Monóxido de carbono: O documento anexado pelo autuante (folha 216), como se vê, foi emitido pela Braskem (o próprio autuado), daí legítimo. No parágrafo 13, não consegui entender o que quis dizer a autuada ao alegar descon sideração por parte do autuante do fato de existirem as unidades PE1, PE2 e PE3. Mais uma vez, repito, o documento foi emitido pela autuada e entregue a esta fiscalização, indicando que se trata de processo industrial da antiga OPP Química S/A, produtora de resinas de polietileno, incorporada à autuada, que passou a desenvolver a mesma atividade industrial. Nos parágrafos 14 e 15, a autuada apenas reforça posição adotada por esta fiscalização de que este material é usado em situações de emergência, não sendo portanto, insumo ou matéria prima.

C) Óleo mineral branco emcaplus: Este material não tem qualquer contato com os produtos do processo e, mesmo que tivesse, esta não seria sua função própria, que é apenas a de proteger o meio ambiente contra vazamentos destes produtos do processo

D) GLP: Mais uma vez, este material serve apenas como elemento que ajuda a manter acesa a chama do “flare” para que produtos indesejáveis resultantes do processo produtivo que para lá são carregados, sejam “queimados” antes do despejo para a atmosfera, reduzindo assim o impacto ambiental, conforme também já exposto na 1ª Informação fiscal.

Assim, pugna pela PROCEDÊNCIA TOTAL destas infrações 03 e 10

Quanto às infrações 05 e 06 entende que há somente um aspecto a ser retificado pelo autuante: o fato da apresentação de notas fiscais (folhas 124 a 166 deste PAF) que, em que pese já estarem presentes desde a origem no processo por via do arquivo SINTEGRA, apresenta, em alguns casos, omissões de valores de IPI destacados e que devem fazer parte da base de cálculo que gerou os valores a serem creditados. Cabe ressaltar que esses valores de IPI não constavam das informações SINTEGRA remetidos regularmente pela autuada à SEFAZ.

Desta forma, refaz a planilha com os dados, anexando aos autos.

Pugna pela procedência parcial destas 02 infrações.

Quanto à infração 07, alega que a autuada não trouxe novos argumentos ao processo limitando-se a afirmar que as mercadorias supostamente saídas para Zona Franca de Manaus efetivamente ingressaram naquele território, desprovida, entretanto, das necessárias provas.

Desta forma, pugna pela procedência total desta infração.

No que se refere à infração 08, entende, também, não foram carreados fatos novos ou dignos de nota, exceto quanto à nota fiscal 130.928. Afirma que a autuada apresentou as Declarações de Despacho de Exportação – DDEs – de nos. 2061544555/1 e 2061544590/0. De sua análise pormenorizada, a fiscalização concluiu que tudo leva a crer que houve realmente erro de digitação do número da nota fiscal, já que os valores envolvidos tanto quantitativa quanto qualitativamente vão ao encontro do que consta dos dados da nota que consta do SINTEGRA.

Desta forma, anexa planilha atualizada com notas fiscais remanescentes sem comprovação de exportação.

Pugna pela procedência parcial desta infração.

Na infração 09, quanto às notas fiscais 115.893 e 122.079, foram aceitas as razões da defesa em virtude de ter havido os devidos retornos, também sem tributação.

Alinha que da análise dos certificados de habilitação ao diferimento e confronto com informações constantes dos sistemas SEFAZ, conclui-se que as notas fiscais 118.763, 121.904, 129.657, 130.798 e 130.839 estão acobertadas por benefícios fiscais regulares e serão, portanto, excluídas do levantamento.

Para as notas fiscais 125.159 e 130.184, ambas destinadas à Poly Embalagens Ltda, aduz que estão desacobertadas de benefício fiscal, pois existia a Resolução Bahiaplast 10/99 que abrigava esta empresa, mas para o produto polipropileno e não para o polietileno, que é o caso deste processo. Posteriormente houve a Resolução Desenvolve 152/2006, desta vez englobando também o polietileno, mas com efeitos somente a partir de 01/12/2006. Assim, como essas duas notas foram emitidas em 29/07/06 e 29/11/06, não estavam, neste período acobertadas por qualquer benefício fiscal, daí devida a autuação.

Desta forma, pugna pela procedência parcial desta infração, com as ressalvas acima expostas.

Consigna que, não havendo mais infrações e/ou razões de defesa a tratar, ratifica a ação fiscal em toda a sua integralidade, pugnando a este Egrégio Conselho pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do respectivo Auto de Infração, pela aceitação de parte dos argumentos defensivos quanto as infrações 05, 06, 08 e 09, com o fim de condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário com todos os seus consectários legais.

O autuado, às fls. 269 a 281 apresenta nova manifestação ratificando a arguição de decadência, alinhado que a EC nº 45/2004, inseriu o art. 103-A no texto constitucional original, que passou a prevê o instituto da “súmula vinculante”, a qual “...terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal...”. A “súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Alinha que, em síntese a súmula vinculante emana uma norma cogente, tanto aos contribuintes quanto à Fazenda Pública, que visa dirimir, vez por todas, controvérsias rotineiras, tal como a presente.

Afirma que no exercício que lhe compete, o STF editou a súmula vinculante nº 8, cujo motivo determinante para a sua edição foi justamente à chamada “reserva de lei complementar”. Ficou definido que, em matéria tributária, nos termos do art. 146, III, da CF/88, compete à Lei Complementar dispor sobre a decadência/prescrição de tributos. Por consequência, a presente controvérsia deve ser apreciada à luz do CTN. Assim, tratando-se de tributo sujeito ao

lançamento por homologação, aplica-se o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário capitulado no § 4º do art. 150 do CTN. Nesse sentido, compete a este Eg. CONSEF aplicar a supra-referida norma, em detrimento da norma Estadual. Fazer isso não significa desobediência ao princípio da legalidade, ao revés, significa respeito/cumprimento de preceito fundamental, veiculado na Constituição Federal e na Súmula Vinculante nº 8.

Conclui que, nesse caso, o auto de infração foi lavrado em 07.04.2011, com notificação válida apenas em 08.04.2011, portanto, que se consumou a decadência do crédito tributário relativo aos períodos de Jan/2006, Fev/2006 e Mar/2006.

Para as infrações 03 e 10, aduz que para dirimir quaisquer controvérsias acerca do direito creditório que se busca resguardar, vale pontuar que a razão da glosa empreendida pela fiscalização, foi a conceituação de determinados produtos adquiridos pela Impugnante, enquanto “material de uso e consumo”.

Entende pertinente trazer à baila algumas considerações sobre conceitos essenciais à apreciação da matéria, em especial conceitos repisadamente apresentados por este Eg. CONSEF, amparado no paradigmático Parecer Normativo nº 01/81. *Verbis*:

“O simples fato de vir a integrar o custo de produção, não autoriza gerar direito ao crédito, mesmo porque, uma coisa é compor o custo, como acontece com outras despesas, outra é atender os pré - requisitos previstos para os bens classificados como produtos intermediários, cuja definição decorre de sua natureza e utilização direta no Processo Produtivo, vinculando-se a duas situações distintas e inconfundíveis, assim caracterizadas:

□ Participa diretamente do Processo Produtivo, desgastando-se no decorrer do processo de industrialização, integrando-se totalmente ao produto acabado.

□ Participa diretamente do Processo Produtivo, sem contudo integrar o produto acabado, porém torna-se imprestável ao término de cada processo de produção.” (Acórdão nº 0315/01 – Câmara Superior - AI Nº 03150147/96) (grifos nossos)

“MATÉRIAL REFRATÁRIOS. Quando aplicados no processo de conservação de calor em ambientes em que se opera a transformação de matérias-primas, enquadram-se no conceito de produto intermediário, posto que empregados na fase de industrialização, ainda que não integrando o produto final, mas participando como elemento que é consumido naquela fase, fazendo-se necessária a sua reposição em etapas variáveis do processo. (Acórdão CJF nº 0812/01 – 2ªCJF – AI nº 00575025/97) (grifos nossos)

“Isto posto, nas condições postas na legislação tributária, à época dos fatos geradores, à permissão de uso de crédito fiscal eram que as mercadorias ou produtos adquiridos:

1. fossem utilizados no processo produtivo; e
2. fossem consumidos no processo produtivo; ou
3. integrassem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição.

Inclusive, é esta a orientação do Parecer Normativo PROFI nº 01: para que uma mercadoria seja definida como produto intermediário, gerando direito ao crédito fiscal, exige-se que, ou integre o produto final como elemento indispensável à sua composição ou, não havendo a integração, seja consumida, inutilizada, gasta ou destruída em cada processo produtivo, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo produtivo, pois, “são considerados produtos intermediários os bens materiais que se inutilizam no processo de industrialização, exigindo sua renovação ao cabo de cada participação no processo produtivo (grifo), embora não se integrem, fisicamente, ao produto acabado, exceto seus resíduos de modo indesejado.” (Parecer PROFI nº 01 – Informativo DAT-GETRI, Ano II, nº 001, janeiro/95 – fl. 17). Ou seja, é a sua

afetabilidade no processo produtivo que irá determinar a sua condição de direito ou não a crédito fiscal.” (Acórdão JJF nº 0621/01 – 1ª JJF – AI 00575025/97) (grifos nossos).

Conclui ser indiscutível o fato de não existirem apenas duas classificações para as mercadorias adquiridas pela Impugnante (matéria-prima ou material de uso e consumo), que autorizam a tomada de crédito na sua entrada. Aduz que, em verdade, além da matéria prima, que é aquela que se integra ao produto final, há também aqueles produtos que são consumidos no processo produtivo enquanto produtos intermediários, alguns dos quais, inclusive, entram efetivamente em contato com o produto final.

Assegura que, pelo que restou comprovado, os produtos cuja apropriação do crédito se defende, enquadram-se perfeitamente, ao conceito de produto intermediário.

Complementa que, em respeito ao debate e em razão da divergência que há entre as explicações técnicas trazidas na defesa e as considerações da fiscalização, é imperiosa a determinação de realização de perícia fiscal, no bojo da qual sejam prestados esclarecimentos técnicos acerca do processo produtivo da Impugnante (com verificação *in locu*), bem como seja informada a forma de aplicação dos produtos em comento no referido processo.

Apresenta em síntese, as questões a serem respondidas:

- i. *Como se compõe o processo produtivo da planta autuada (PE1)?*
- ii. *No curso do processo produtivo o cromatógrafo é utilizado para análise da concentração e propriedades das matérias-primas? Em que etapa da cadeia ele é utilizado?*
- iii. *Durante o processo produtivo qual a aplicação do monóxido de carbono? É utilizado para desativar o catalisador e parar a reação de polimerização?*
- iv. *Durante o processo produtivo o óleo mineral branco emcaplus1 tem contato direto com o insumo (eteno)?*
- v. *É possível que a plante opere sem o sistema flare? Se a Impugnante operasse sem o referido sistema quais seriam as consequências?*

Quanto às infrações 05 e 06, aduz que a fiscalização apenas confirmou o quanto alegado na Impugnação, ou seja, que se pautou, exclusivamente, no arquivo SINTEGRA enviado pela empresa para fins de lançamento. Entretanto, o crédito escriturado pela Impugnante no Registro de Apuração se pautou nas NFs de entrada, conforme determina a legislação, ao invés das informações prestadas no SINTEGRA. Com efeito, a redução parcial não atende ao imperativo normativo do art. 18 do RPAF/BA, em razão do qual a infração se revela nula, posto que há flagrante incerteza na definição do *quantum debeatur*.

Entende que a fiscalização deveria ter revisado todas as notas fiscais selecionadas para fins de autuação, tendo em vista a divergência entre as informações do SINTEGRA e dos documentos fiscais. Destaca que a Impugnante apresentou apenas notas fiscais por amostragem, com o fim de comprovar a fragilidade da fiscalização.

Afirma que manter o lançamento com as bases em que foi constituído (diga-se, sem ao menos verificar, em sede de diligência, o que informam as NF's), significa desrespeitar a importância do lançamento tributário, emanada do art. 142 do CTN, enunciado que determina o rigor que deve ser empreendido na constituição do crédito tributário.

Conclui que, assim, há de se reconhecer a nulidade da infração.

Quanto à infração 07, aduz que, inicialmente, requer a juntada de cópia legível do Registro de Entradas da destinatária RS Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., bem como das notas fiscais recebidas pela Adquirente com a chancela, expressa, da SEFAZ/AM.

Entende que, assim, encontra-se devidamente comprovado o ingresso das mercadorias da ZFM.

Alinha que, destarte, só há uma conclusão possível: ainda que não estivesse cumprido o requisito previsto na legislação de regência, o que se admite em hipótese, ainda assim a infração seria improcedente, posto que seja defeso ao Estado da Bahia tributar tal operação em razão da imunidade que lhe atine há de se invocar o art. 111, CTN.

Destaca o art. 29, III do RICMS/BA, informando que *“a isenção é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário”*, fato que resta inequívoco da análise da documentação acostada.

Por fim, aduz que, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda conveniente, o feito pode ser convertido em diligência, para notificar a única empresa destinatária sobre o recebimento das mercadorias no território da SUFRAMA, postura omitida durante a fiscalização.

No que diz respeito a infração 08, aduz que a fiscalização reconhece a improcedência do lançamento relativamente à NF 130.928, porém nada contesta acerca das outras informações aventadas pela Impugnante. Repete que em relação às notas fiscais nºs 115.935, 117.843, 118.517, 120.509, 120.513, 124.321, 124.320 e 130.455, restou comprovado e incontestado que houve mera devolução de cilindros vazios que acondicionaram produtos recebidos por admissão temporária.

Com efeito, entende que prevalece norma específica de isenção prevista no art. 19, I, “a”, do RICMS/BA, não considerada pela fiscalização por ocasião da informação fiscal.

Outrossim, em relação à NF 126.355, aduz que o erro de fato apontado pela Impugnante não foi contestado ou mesmo comentado pela fiscalização, estando mais do que comprovado pelos elementos já apresentados, a sua efetiva exportação por meio do RE 2061013612/70.

Para infração 09 assegura que, após a revisão fiscal, subsistiu a infração apenas em relação às notas fiscais NF’s 117.888, 121.704, 125.159, 128.082 e 130.184. Entretanto, devem ser excluídas do lançamento as notas fiscais, a seguir relacionadas, tendo em vista que não houve fato gerador do ICMS: NF nº 117.888: envio de painel de ferramentas a título de empréstimo. Não incidência do ICMS, nos termos do art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/BA; NF nº 121.704: envio de mercadoria a título de empréstimo. Não incidência do ICMS, nos termos do art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/BA; NF nº 128.082: retorno de produto recebido por empréstimo, através da nota fiscal de entrada nº 250. Não incidência do ICMS nos termos do art. 6º, XIV, “a”, do RICMS/BA;

Em relação às notas fiscais 125.159 e 130.184, ambas destinadas à Poly Embalagens Ltda., afirma que consta no sistema, desde 09/06/2004, habilitação ativa para aquisição internas de produtos petroquímicos intermediários.

Por último, ratifica o pedido de diligência fiscal, conforme quesitos oportunamente apresentados, além do pedido de perícia acima formulado. Não se trata de medida protelatória, pelo contrário, referida prova mostra-se indispensável na medida em que a fiscalização não realizou qualquer vistoria *in loco* na planta da Impugnante.

Pelo exposto, ratifica a impugnação administrativa, em todos os termos em que formulada, para que seja cancelado o crédito tributário impugnado, ratificando, ainda, o pedido de realização de perícia e diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, conforme quesitos já formulados na impugnação administrativa e na presente manifestação.

O autuante, às fls. 294 a 298 dos autos, apresenta nova informação fiscal ratificando seus argumentos em relação à decadência.

Quanto às infrações 03 e 10, aduz que, mais uma vez, nada há a acrescer no aspecto argumentativo para estas infrações, pois a autuada não inseriu novas alegações, salvo a de solicitar perícia e acostar decisões deste Conselho relativamente a materiais refratários, que têm funções diversas dos itens elencados nesta infração.

Assim, pugna pela procedência total destas infrações 03 e 10.

Quanto às infrações 05 e 06, aduz que para estabelecimentos do porte da autuada, com expressivo número de emissão de notas fiscais, não é factível que se inspecionem todos os documentos

fiscais impressos. Por isso que se há exigência legal da entrega e manutenção de arquivos magnéticos – SINTEGRA – que deveriam espelhar os dados referentes a toda nota fiscal emitida de forma fidedigna, o que não ocorreu para as notas fiscais já consideradas por esta fiscalização na sua 2ª. Informação fiscal.

Consigna que cabe à empresa o ônus de apresentar as notas fiscais com valores de IPI não considerados na base de cálculo da qual decorreu o imposto lançado nestas infrações, caso ainda existam outras. Por óbvio e por determinação legal é a autuada que tem o dever de apresentar as notas fiscais impressas para que a fiscalização averigüe os dados e, caso reste provada a não inclusão do IPI, o faça. De outras bandas, não se justifica que a autuada apenas alegue essas não inclusões e não as demonstre e muito menos que condene a utilização exclusiva do registro SINTEGRA – diga-se de passagem que a própria autuada elaborou e enviou para a base de dados da SEFAZ - se é com base neste sistema que se promovem as diversas auditorias pelos fiscos de todo o país.

Daí, entende que cabe à própria autuada a comprovação dos fatos alegados.

Pugna pela procedência parcial destas 02 infrações, conforme exposto na 2ª informação fiscal.

No que alude a infração 07, argumenta que a autuada acostou alguns documentos que consistiriam no livro registro de entradas da suposta empresa destinatária RS Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. – págs. 282 a 285 – que se referem às notas fiscais 129290 e 129291. Ocorre que, mesmo apresentando o livro de registro de entradas da empresa destinatária, não se pode dizer que foram satisfeitas as exigências regulamentares previstas no art-597 do RICMS-Ba, dentre outros, para qual deve-se ter um indispensável controle por órgão governamental – SUFRAMA – competente para atestar a entrada efetiva da mercadoria na área beneficiada, o que não ocorreu. Alinha que o livro registro de entradas apontado no 1º. parágrafo também parece não merecer fé pelo fato da facilidade de câmbio de seus dados, além do fato bastante peculiar das duas notas fiscais terem sido escrituradas apenas em 01/06/11, quando foram emitidas em 07/11/06, ou seja, quase 05 anos antes.

Quanto à nota fiscal 130401, assegura que houve apenas a anexação de cópia do que seria o livro Registro de Entradas da RS Indústria ainda com pouca legibilidade e, mesmo que os dados correspondessem à nota fiscal, se voltaria a mesma situação de fragilidade de prova, pois os livros confeccionados por meios eletrônicos são passíveis de alterações posteriores e, mais ainda: não foi demonstrado qualquer controle, ciência, registro no órgão competente, no caso a SUFRAMA.

Aduz que para a nota fiscal 129289 não houve esclarecimentos.

Desta forma, pugna pela procedência total desta infração.

Quanto a infração 08, para as notas fiscais 115.935, 117.843, 118.517, 120.509, 120.513, 124.321, 124.320 e 130.455, conforme posição já exposta pela fiscalização nas informações fiscais anteriores, a autuada justifica que se referem a devoluções de cilindros vazios que acondicionaram produtos recebidos por admissão temporária, anexa essas notas fiscais de saídas de sua emissão, porém não acosta nenhum documento que comprove esta exportação. Por este motivo, não serão acatadas, neste particular, suas alegações defensivas.

Pugna pela procedência parcial desta infração.

Na infração 09, aduz que, conforme já informado na informação fiscal anterior, as notas fiscais 125.159 e 130.184, ambas destinadas à Poly Embalagens Ltda, estão desacobertas de benefício fiscal. A autuada alega o oposto sem, contudo, trazer elementos de convicção/esclarecimento.

Alinha que a impugnante afirma que as notas fiscais 117888, 121704 e 128082 dizem respeito a saídas por empréstimo, mas não demonstra os seus retornos, ou, caso o contrato de empréstimo para esses bens ainda tenha se encerrado, que traga prova documental que comprove tal fato.

Desta forma, pugna pela procedência parcial desta infração, com as ressalvas acima expostas.

Conclui que, não havendo mais infrações e/ou razões de defesa a tratar, ratifica a ação fiscal em toda a sua integralidade, pugnando a este Egrégio Conselho pela procedência parcial do respectivo Auto de Infração, pela aceitação de parte dos argumentos defensivos quanto às infrações 05, 06, 08 e 09, com o fim de condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário com todos os seus consectários legais.

O autuado, às fls. 304 a 308 dos autos, apresenta nova manifestação reiterando as razões já postas em sua Impugnação e subseqüentes manifestações quanto às infrações 03 e 10.

Relativamente às infrações 05 e 06, afirma que a fiscalização justificou a sua postura de não ter se debruçado sobre os documentos fiscais, no volume de operações feitas pela Autuada. De fato o SINTEGRA é uma ferramenta extremamente útil no controle fiscal, porém não pode configurar o único instrumento para fiscalização. Em se identificando inconsistências da análise do SINTEGRA, é imperioso que o Fiscal vá aos documentos fiscais. Não pode, jamais, a fiscalização, ater-se unicamente ao SINTEGRA, sob pena de gerar autuações equivocadas, como a presente, transferindo de forma indevida, o ônus de investigar (que é do Fisco), para o contribuinte.

Repete que a redução parcial, no presente caso, não atende ao imperativo normativo do art. 18 do RPAF/BA, em razão do qual a infração se revela integralmente nula, posto que há flagrante incerteza na definição do *quantum debeatur*.

Aduz que a fiscalização deveria ter revisado todas as notas fiscais selecionadas para fins de autuação, ou mesmo feito uma amostragem significativa (como fez a Autuada), tendo em vista a divergência entre as informações do SINTEGRA e dos documentos fiscais. Como não o fez, há de se reconhecer a nulidade da infração.

Quanto à Infração 07, sustenta que requereu em sua última manifestação, a juntada de cópia legível do Registro de Entradas da destinatária RS Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., bem como das notas fiscais recepcionadas pela Adquirente com a chancela, expressa, da SEFAZ/AM. Todavia a Fiscalização insiste em elementos formais e em tentar desmerecer a documentação apresentada pela Autuada, esquecendo-se de que as intimações dos destinatários deveria ter sido feita durante a fiscalização, nos termos de diversos precedentes deste CONSEF.

Em todo caso, afirma requerer a juntada de declaração da RS Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. de que recebeu as mercadorias relativas as notas fiscais nº 129.289, 129.290 e 129.291, devidamente assinada pelo representante legal da destinatária (Doc. 01).

Ressalta precedente relevante da 2ª Câmara deste CONSEF, que no julgamento do Auto de Infração nº 00567248/94, entendeu que a existência de documentos que comprovem a destinação das mercadorias, mesmo com a falta do comprovante de internamento, é suficiente para afastar a tributação da operação. *Verbis*.

ICMS. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Embora a falta de comprovação do visto da SUFRAMA no documento fiscal, e a confirmação do não internamento das mercadorias por esse órgão, evidenciam que as mercadorias não ingressaram na Zona Franca de Manaus, a diligência realizada pela ASTEC e a juntada de documentos fiscais pelo autuado (duplicatas autenticadas), além da cópia do livro de Registro de Entradas do destinatário indicando o lançamento, se constituem, neste caso, prova capaz de desconstituir a exigência do crédito tributário. Infração insubsistente. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

(Acórdão CJF nº 0188/01, 06.03.2001) (grifos nossos).

Assim, considera merecer ser cancela a presente infração, se for o caso, conforme entendimento deste órgão julgador, deve ser determinada a realização de diligência fiscal.

Em relação à Infração 08 entende que a fiscalização se omite quanto à NF 126.355, cuja exportação se deu por meio RE 2061013612/70, prevalecendo, portanto, os argumentos já apresentados pela Autuada.

No que tange às notas fiscais 115.935, 117.843, 118.517, 120.509, 120.513, 124.321, 124.320 e 130.455, capitaneadas a partir do SINTEGRA, aduz que a Autuada fez prova cabal de que houve mera devolução de cilindros que acondicionaram produtos recebidos. Embora não apresente nenhuma mácula aos documentos fiscais sob referência, insiste, indevidamente, na manutenção da exigência.

Assim, compete a esta JJF proceder ao cancelamento da exigência, se for o caso, convertendo o julgamento em diligência, a fim de fazer prevalecer a verdade material.

Na Infração 09, afirma que a fiscalização alega que a Autuada não comprovou que a Poly Embalagens Ltda. consta no sistema, desde 09/6/2004, como habilitada para aquisição internas de produtos petroquímicos intermediários, como é o caso das NF's 125.159 e 130.184. Trata-se de informação constante do próprio sistema da SEFAZ/BA e disponível ao contribuinte para aplicação, ou não, do diferimento.

Alinha que sobre as notas fiscais 117.888, 121.704, 125.159, 128.082 e 130.184, a fiscalização mais uma vez diverge flagrantemente dos documentos fiscais que fulminam a exigência, repita-se, elaborada a partir do SINTEGRA. Se houver dúvida, configura-se em mais um ponto a ser submetido à diligência.

Por fim, ratifica o pedido de diligência fiscal, conforme quesitos oportunamente apresentados, além do pedido de perícia acima formulado. Não se trata de medida protelatória, pelo contrário, referida prova mostra-se indispensável na medida em que a fiscalização não realizou qualquer vistoria *in loco* na planta da Impugnante.

Reitera e ratifica os argumentos já ventilados em sua impugnação e subsequentes manifestações, para que seja cancelado o crédito tributário impugnado, ratificando, ainda, o pedido de diligência fiscal.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 10 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Em relação à arguição de nulidade das infrações 05 e 06, com base no art. 18, IV, "a" do RPAF, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. As aludidas infrações, foram, após os argumentos defensivos, reduzidas nas respectivas exigências, com a inclusão do IPI para fazer parte da base de cálculo que gerou os valores a serem creditados, em relação às notas apresentadas. As infrações foram corrigidas, não havendo acolhimento para as arguições de que não contêm elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, visto que os dados fornecidos pelo próprio autuado através dos arquivos utilizados pelo autuante.

Verifico que o autuado recebeu, após a solicitação de diligência, à fl. 252, conforme documento à fl. 267 dos autos, a informação fiscal, bem como os demonstrativos às fls. 254 a 264, através dos quais o autuante acolhe parte das arguições do autuado, com manifestação posterior às fls. 269 a 281 dos autos, garantindo o legítimo direito da ampla defesa, que foi exercido ainda às fls. 304 a 308, quando se manifesta em relação à nova informação fiscal. Considero, por tanto, desnecessárias outras diligências ou perícias com fulcro no art. 147, inciso I, "a" e inciso II "a" e "b" do RPAF/99. O autuante ao apresentar duas informações fiscais, esclareceu todos os pontos que poderiam suscitar dúvidas, inclusive, conforme acima aludido, acolhendo parte das arguições do autuado, quando devido, em sua segunda informação. As questões que suscitaram o pedido de diligência pelo autuado estão abordadas na análise do mérito das infrações, onde se verifica que não são necessárias nova diligência ou mesmo perícia, conforme já alinhado. Assim, os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos

julgadores, a diligência necessária já foi solicitada e a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

O impugnante, albergado no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, foi no exercício de 2011 e, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes aos períodos de meses de janeiro a março de 2006, estariam atingidos pela decadência. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2006 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2012 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração, ocorreram ainda no exercício de 2011, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2006.

Verifico que, em relação às infrações 01 e 02, o sujeito passivo reconheceu a procedência parcial dessas, assegurando que procederá ao recolhimento de todo o débito lançado nestas 02 infrações, exceto para o período de janeiro de março de 2006 em virtude de seu entendimento quanto a decadência.

Visto que as arguições de decadência não foram acolhidas, conforme acima alinhado, restou à manutenção das infrações 01 e 02, uma vez que foram imputadas atendendo ao devido processo legal.

Assim, as infrações 01 e 02 são procedentes.

Quanto às infrações 03 e 10, a impugnante reconhece a procedência crédito tributário relativamente aos produtos tambor metálico azul, ar medicinal, dianodic, flogard, corresshield e spectrus. Este reconhecimento se aplica tanto à infração 03 quanto a 10. Para os demais itens houve impugnação.

Considero caber razão ao autuante quanto ao Metanol uvasol HPLC, hidrogênio alta pureza, gás especial hidrogênio cromatografia, metanol e hidrogênio cromatografia, ao esclarecer que para todos esses casos a autuada traz a mesma explicação: associa o seu uso a um aparelho chamado cromatógrafo. Explica o autuante que ele executa medições relativas, principalmente, a concentrações de materiais que fluem nas tubulações dos processos industriais e a partir dos dados obtidos subsidia os técnicos de processo possibilitando ajustes nas quantidades de materiais a injetar na planta industrial.

Assim como o autuante, entendo que os materiais acima alinhados não compõem nem são consumidos no processo produtivo da impugnante, visto que “*seu uso serve apenas para propiciar ao cromatógrafo a possibilidade de aferição das concentrações e certas propriedades das correntes de processo e ajustes de vazões (quantidades) dos diversos insumos que são carregados para o processo industrial.*”. Trata-se de um apenas um aparelho que se utiliza de matérias que são usados com a finalidade de analisar correntes de processo, estando assim associados ao controle de qualidade do produto.

Quanto ao Monóxido de carbono considero pertinente as explicações do autuante ao afirmar que apesar desse material ter contato com o processo produtivo, não substitui, como afirma o autuado, o principal insumo da planta industrial de produção de polietileno - o eteno -. Ele é adicionado ao leito reacional para desativar a ação do catalisador – promotor da reação química – em situações de emergência (ver anexo 1). Nesse particular, reforça o autuante em sua segunda informação fiscal que o documento anexado pelo autuante (folha 216), foi emitido pelo próprio autuado e entregue ao autuante, indicando que se trata de processo industrial da antiga OPP Química S/A, produtora de resinas de polietileno, incorporada à autuada, que passou a desenvolver a mesma atividade industrial. Destaca o autuante com propriedade que nos parágrafos 14 e 15, a autuada apenas reforça posição adotada por esta fiscalização de que este material é usado em situações de emergência, não cabendo a sua condição de insumo ou matéria prima, conforme alegado.

No que alude ao Óleo mineral branco emcaplus afirma nas palavra do autuante que ora acolho: *Trata-se de óleo de selagem de equipamentos como pode ser visto em documento – anexo 1 – elaborado pela própria autuada, nada tendo a ver com as razões trazidas nesta impugnação, pois este material apenas impede que os fluidos de processo escapem da tubulação para o meio ambiente, contaminando-o e havendo também perda desses fluidos, por isso é chamado de material de selagem, já que forma um selo protetivo.*

Quanto ao GLP considero, mais uma vez, ter razão o autuante ao alinhar que o gás natural é realmente utilizado para alimentar o sistema “flare” do processo industrial. Ele é um combustível que “queima” os gases indesejáveis – sub produtos gerados nas reações químicas – que são para lá carreados, gerando substâncias menos nociva ao meio ambiente. Restando demonstrado que o seu não uso não impede a elaboração dos produtos principais da empresa, muito menos impossibilita a continuidade da produção industrial. O GLP não tem qualquer participação direta nas reações principais da planta industrial. Ficando evidenciado que a sua importância para o meio ambiente, é um gás natural material de uso e consumo tendo finalidade apenas de controle ambiental.

Os itens, acima, alvo de impugnação, como ficou demonstrado, não são insumos ou matéria prima, restando, assim, a sua destinação ao uso e consumo, diferente dos itens alvo dos acórdãos trazidos pelo autuado.

Cabe a procedência total destas infrações 03 e 10.

O sujeito passivo reconhece a procedência da infração 04, exceto para o período de janeiro de março de 2006 em virtude de seu entendimento sobre a decadência. Diante do fato de que já foi superado o argumento da decadência, resta manter a exigência da infração 04, tendo em vista que foi imputada atendendo ao devido processo legal.

Procedência total desta infração 04.

Quanto às infrações 05 e 06, o impugnante anexa cópia do livro Registro de Apuração de ICMS dos meses questionados e de diversas notas fiscais que deu a entender que seriam notas que não constaram do arquivo SINTEGRA, mas que comporiam o acervo de documentos que embasariam os valores de crédito pelas aquisições de bens para o ativo fixo lançados em seu livro de apuração de ICMS – LRAICMS. Em um segundo momento apresenta notas fiscais (folhas 124 a 166 deste PAF). Verifico, em consonância com o autuante que, mesmo estando tais notas presentes desde a origem no processo por via do arquivo SINTEGRA, apresenta, em alguns casos, omissões de valores de IPI destacados e que devem fazer parte da base de cálculo que gerou os valores a serem creditados. Destaca o autuante que valores de IPI não constavam das informações SINTEGRA remetidos regularmente pela autuada à SEFAZ.

Desta forma, refaz a planilha com os dados, incluindo corretamente o IPI o que reduz as exigências das infrações 05 e 06, cabendo quanto ao restante a apresentação do autuado das notas que comprovem as alegações.

Diante do exposto ficam mantidas parcialmente as infrações 05 e 06, conforme demonstrativo de débito com base nos valores às fls. 259 a 262 dos autos:

Meses/2006	Infração 5	Infração 06
Março	2.558,04	2.292,47
Abril	7.533,39	7.695,49
Agosto	538,03	673,15
Setembro	750,11	786,03
Dezembro	5.114,15	4.711,45
Totais	16.493,72	16.158,59

Para a infração 07, o impugnante argumenta apenas que o benefício da isenção nessas operações de remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus – ZFM – deve ser mantido, anexando cópias das notas fiscais de saídas, e cópia de livros que alega ser do adquirente.

Considero imprescindível que se comprove este internamento evidenciando os registros de controle executado pela SUFRAMA, como prevê o art. 597, § 4º do Regulamento de ICMS baiano, visto que cabia ao sujeito passivo conservar pelo prazo mencionado no art. 144 os documentos relativos ao transporte das mercadorias, assim como o documento expedido pela SUFRAMA relacionado com o internamento das mercadorias (Ajuste SINIEF 07/97).

O art. 29, III, do RICMS/BA determina que são isentas do ICMS as operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, porém, tal isenção é condicionada, e, por conseguinte, não atendida tal condição não cabe a aludida isenção. A condição prevista no aludido dispositivo, está atrelada a comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário ditada pelo art. 596, § 4º do RICMS/BA. O autuado, conforme se pode verificar das arguições trazida em sua impugnação, não são suficientes, evidenciadas pela própria decisão trazida por ele aos autos. Assim, não consegue comprovar o atendimento de tal condição. A cópia do livro trazida e declaração não são suficientes para tal comprovação, inclusive, duas notas fiscais foram escrituradas apenas em 01/06/11, quando foram emitidas em 07/11/06, ou seja, quase 05 anos antes.

Desta forma, fica mantida a infração 07.

Em relação à infração 08, as notas fiscais 115.935, 117.843, 118.517, 120.509, 120.513, 124.321, 124.320 e 130.455, a autuada justifica que se referem a devoluções de cilindros vazios que acondicionaram produtos recebidos por admissão temporária, anexa essas notas fiscais de saídas de sua emissão, porém não acosta nenhum documento que comprove esta exportação. Razões pelas quais, concordo com o autuante em não acolher as arguições do autuado.

Quanto às notas fiscais abaixo indicadas, relativas às saídas de polietileno, a autuada entende que não deve haver a exigência fiscal, cabendo as seguintes considerações, em consonância com entendimento manifestado pelo autuante:

NF 130.928: A autuada apresentou as Declarações de Despacho de Exportação – DDE's – de nos. 2061544555/1 e 2061544590/0. De sua análise pormenorizada, a fiscalização, apesar de inicialmente não acolher, concluiu acertadamente que houve realmente erro de digitação do número da nota fiscal, já que os valores envolvidos tanto quantitativa quanto qualitativamente vão ao encontro do que consta dos dados da nota que consta do SINTEGRA, restando a exclusão da nota da exigência.

NF 126.355: Para esta nf, mais difícil ainda se torna a aceitação do exposto pela empresa, pois não há nem correlação dela com o DDE – Declaração de Despacho de Exportação – mencionado e anexado na defesa, além do mais, nem por quantidade exportada é possível fazer uma comparação liminar, já que ele se refere a diversas outras notas, que não foram anexadas.

NF 117.937: Para esta, não há qualquer fundamentação, salvo que teria sido alcançada pelo instituto da decadência, que, como já explicitado nesta informação fiscal, não procede.

Fica acolhida a planilha atualizada apresentada pelo autuante com notas fiscais remanescentes sem comprovação de exportação.

Fica mantida parcialmente a infração 08, acolhidas as exclusões e as notas mantidas, conforme demonstrativo de débito a seguir, extraído das fls. 263 dos autos:

Exercício 2006	Infração 08
Jan	6.013,08
Fev	15.617,4
Março	2.722,66
Abril	5.186,02
Julho	8.557,42
Agosto	14.197,73
Dezembro	2.517,84
Total	54.812,15

Foi demonstrado pelo autuante que, em relação à infração 09, quanto às notas fiscais 115.893 e 122.079, foram comprovados pelo impugnante, em sua última manifestação, os devidos retornos, também sem tributação. Da análise dos certificados de habilitação ao diferimento e confronto com informações constantes dos sistemas SEFAZ, conferido pelo autuante, conclui-se que as notas fiscais 118.763, 121.904, 129.657, 130.798 e 130.839 estão acobertadas por benefícios fiscais regulares e portanto, excluídas do levantamento.

Quanto às notas fiscais, citadas pelo impugnante, de números 125.159 e 130.184, ambas foram destinadas à Poly Embalagens Ltda., estão desacobertadas de benefício fiscal, pois existia a Resolução Bahiaplast 10/99 que abrigava esta empresa, mas para o produto polipropileno e não para o polietileno, que é o caso deste processo. Posteriormente houve a Resolução Desenvolve 152/2006, desta vez englobando também o polietileno, mas com efeitos somente a partir de 01/12/2006. Assim, como essas duas notas foram emitidas em 29/07/06 e 29/11/06, não estavam, neste período acobertadas por qualquer benefício fiscal, comprovando o autuante a pertinência da autuação.

Em consonância com o autuante, quanto a NF 128.082: A autuada alega retorno de empréstimo, cujo CFOP deveria ser 5909, indica a existência de nota fiscal de entrada acobertando a mercadoria emprestada, mas sem anexá-la. Portanto, sem demonstrar suas fundamentações, não há como aceitá-las, NF 121.704: Além de equívoco quanto ao CFOP, caso tenha sido realmente um empréstimo, não provou o retorno do produto; NF 117.888: Mesma informação prestada com relação à nf anterior.

Desta forma, pugna pela procedência parcial desta infração, conforme demonstrativo de débito extraído das fl. 264 dos autos que contempla as aludidas exclusões:

Exercício de 2006	Infração 9
Fevereiro	2.457,82
Maio	614,46
Julho	8.232,51
Setembro	102,27
Novembro	12.569,89
Total	23.976,95

Diante do exposto, foram acolhidas partes dos argumentos do autuado relativas às infrações de número 05, 06, 08 e 09 e mantidas integralmente as demais infrações, observando que o autuado

reconhece as infrações 01, 02 e 04, parcialmente, com exceção dos períodos que entende terem sido alcançados pela decadência, não acolhida na análise dessa preliminar de mérito.

Voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269194.0040/11**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$240.534,83**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II “a” e “f” e VII, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2012

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR