

A. I. N ° - 269132.0006/11-8
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTE - JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS e RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 20.12.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0288-02/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Comprovado que parte dos materiais trata-se de produtos intermediários que participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição. Infrações 01 e 03 procedentes. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE. Contribuinte desistiu da defesa e pagou os débitos com os benefícios auferidos mediante Lei nº 12.903 de 05 de setembro de 2013. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o pagamento do diferencial de alíquotas. Infrações 02 e 04 são procedentes. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 10% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. Contribuinte desistiu da defesa e pagou os débitos com os benefícios auferidos mediante Lei nº 12.903 de 05 de setembro de 2013. Infrações caracterizadas. 4. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS MERCADORIAS FORAM EXPORTADAS PARA O EXTERIOR. PRESUNÇÃO DE QUE FORAM DESTINADAS AO MERCADO INTERNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Imputação não elidida pelo sujeito passivo. 5. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. **a)** AQUISIÇÕES DE UTILIDADES. **b)** AQUISIÇÕES DE REFEIÇÕES. Contribuinte desistiu da defesa e pagou os débitos com os benefícios auferidos mediante Lei nº 12.903 de 05 de setembro de 2013. Infrações caracterizadas. Afastada alegação de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 15/12/2011, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$5.349.445,04, em razão de 10 infrações:

Infração 01 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor R\$52.696,32, referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte tratou como

insumo material de uso e consumo, utilizando-se indevidamente do respectivo crédito. Conforme demonstrativo de débito que se encontra nos Anexos I e I-A do presente processo administrativo fiscal.

Infração 02 – 06.02.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor R\$7.626,13, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Contribuinte tratou como insumo material de uso e consumo, deixando de recolher o diferencial de alíquota correspondente, quando devido. Correlaciona-se com a infração anterior. Conforme demonstrativo de débito que se encontra nos Anexos I e I-A do presente processo administrativo fiscal.

Infração 03 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$157.176,90, referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte tratou todo o nitrogênio adquirido como insumo, sendo que uma parcela mínima de 10% teria sido utilizada como material de uso e consumo, utilizado em laboratório e na manutenção da planta (limpeza), valendo-se indevidamente do respectivo crédito. Conforme demonstrativo de débito que se encontra nos Anexos II, II-A e II-B do presente processo administrativo fiscal.

Infração 04 – 06.02.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor R\$13.947,71, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. A presente infração se refere à parcela do ICMS devido por diferencial de alíquotas que deixou de ser recolhida em razão do desencontro entre os valores totais devidos mês a mês e os valores efetivamente lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativos que se encontram nos Anexos III-A, III-B e III-C. Os cálculos incluem uso e consumo e ativo imobilizado.

Infração 05 – 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 338.070,18. Conforme demonstrativos que se encontram nos Anexos IV e IV-A do presente processo.

Infração 06 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme demonstrativos que se encontram nos Anexos V, V-A e V-B, apenas do presente processo. Multa no valor de R\$2.078.530,16. O anexo V-B, apenas a título ilustrativo, abrange operações de agosto 2006 e dezembro 2007. Demais meses encontram-se em meio magnético (CD-ROM) que é parte integrante do presente PAF.

Infração 07 – 13.02.02 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$2.686.100,00, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação de Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. Refere-se ao ICMS devido relativo a operações alegadas como sendo exportadas cuja efetivação não foi comprovada pelo contribuinte nem por dados do Siscomex. Conforme demonstrativos que se encontram nos Anexos VI e VI-A do presente processo.

Infração 08 – 02.10.02 - Recolhimento a menor do ICMS substituído por diferimento, no valor de R\$ 1.980,34, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Contribuinte recolheu a menor ICMS diferido para o momento da entrada, nas aquisições de utilidades provenientes da empresa Braskem Inscrição Estadual 01.027.389/NO. Conforme demonstrativos que se encontram nos Anexos VII e VII-A do presente processo.

Infração 09 – 02.10.02 - Recolhimento a menor do ICMS substituído por diferimento, no valor de R\$417,90, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Contribuinte recolheu a menor o ICMS diferido nas aquisições de refeições. Conforme demonstrativos que se encontram nos anexos VIII e VIII-A do presente processo.

Infração 10 – 01.02.31 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$12.899,40, referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a processo de

industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas. Contribuinte se creditou indevidamente de ICMS de serviço de transporte de funcionários da empresa. Refere-se a operações contratadas com o prestador Conselho Gestão de Transportes e Serviço. Conforme demonstrativos que se encontram nos anexos IX e IX-A do presente processo.

O autuado, às folhas 568 a 617 ao impugnar o lançamento tributário, inicialmente arguiu decadência do direito de o fisco estadual constituir o crédito tributário relativos aos meses de agosto a novembro de 2006, pois já se encontraria extintos pelo decurso do prazo decadencial, relativa a parte das Infrações 04, 05, 06, 07 e 08, pretende a fiscalização exigir do autuado o recolhimento do ICMS supostamente devido em relação a fatos geradores ocorridos entre 01/08/2006 a 31/11/2006.

Em relação às infrações 01 e 02, aduz que no exercício das suas atividades, o autuado adquire produtos como o Peneira Molecular, Hidrogênio Cromatografia, Hipoclorito de Sódio, Freon, Óleo Silicone, etiquetas, lona, lacre, dentre outros, todos indispensáveis à consecução do seu processo produtivo; tendo, portanto, se apropriado dos créditos fiscais correspondentes, tal como autorizado pela legislação em vigor.

Argumenta que as conclusões a que chegou o preposto fiscal encontram-se totalmente equivocadas, já que os bens adquiridos pelo autuado, listados nos demonstrativos anexados à autuação, tratam-se, a rigor, de produtos intermediários aplicados no seu processo produtivo; que, portanto, geram direito ao crédito do ICMS, não se sujeitando, conseqüentemente, ao pagamento do diferencial de alíquota.

Prosseguindo, passou a tratar de cada produto.

HIDROGÊNIO CROMATOGRRAFIA - Trata-se de um insumo utilizado nos equipamentos denominados cromatógrafos, aos quais compete a realização *on line* da análise das correntes oriundas da produção. Os cromatógrafos apenas podem funcionar se houver um fluido de arraste, que permita a avaliação das correntes, que, neste caso, é o hidrogênio. Com efeito, os denominados cromatógrafos são essenciais para aferir se as condições operacionais estão de acordo com o padrão, avaliação essa necessária para que possa produzir resinas dentro das especificações técnicas almejadas. Frisa que especialmente o processo petroquímico, por envolver etapas onde são realizadas reações com substâncias tóxicas e muitas vezes letais, o controle de qualidade dos produtos não pode ser concebido de forma tão singela como pretende a fiscalização. Argumenta que embora o hidrogênio utilizado nos citados equipamentos não integre o produto final, não se pode ignorar que tal controle é essencial ao processo produtivo, sendo imperioso o reconhecimento do direito ao crédito nas suas aquisições. Acrescenta que sobre o assunto após diversas consultas de contribuintes, no ano de 2001, o Estado de São Paulo sepultou, na esfera de sua competência, a questão ora controvertida, através da Decisão Normativa CAT nº 01, cujo trecho transcreveu.

PENEIRA MOLECULAR - Consiste em material composto por diversas bolas porosas, cuja função é a de reter a água que está presente no n-hexano (solvente necessário à reação química). Isso porque a água é elemento nocivo ao processo. Ressalta que tal material visa ainda expurgar outras impurezas das correntes de produção, tal como umidade, CO₂, CO, oxigenados; que, se mantidas impedem a reação de polimerização do polietileno. Tal material se consome e se desgasta ao longo do processo produtivo, em face da quantidade de impurezas com as quais tem contato; o que afeta sua vida útil, necessitando ser renovado ao cabo de certo tempo. O resumo do processo produtivo anexado (doc. 04) indica o papel desempenhado pela peneira molecular no processo produtivo, afastando quaisquer dúvidas quanto à sua vinculação à produção.

HIPOCLORITO DE SÓDIO - É utilizado como insumo para o tratamento da água de refrigeração. Tem como papel eliminar os micro-organismos/algas que podem gerar depósitos nos equipamentos de troca térmica levando a perda de produção. Trata-se, portanto, de produto

intermediário indispensável ao processo fabril, sem o qual ocorreria a incrustação das máquinas e equipamentos e, conseqüentemente, a perda gradativa da capacidade produtiva, até o colapso do fluxo das correntes de produção. Demonstrada a sua essencialidade e desgaste para a consecução do produto final, denota-se a legitimidade do seu creditamento, sob pena de ofensa ao princípio da não-cumulatividade.

INIBIDORES DE CORROSÃO - Ao longo de toda a cadeia produtiva, o autuado utiliza diversos produtos – químicos, em sua grande maioria – os quais, via de regra, ocasionam o desgaste e corrosão do maquinário utilizado no processo de produção. Neste contexto, objetivando minimizar os efeitos da utilização destes produtos, o autuado adquire Inibidores de Corrosão, integram indispensavelmente as atividades industriais desempenhadas, de forma que não há como deixar de considerá-los como insumos. É certo que, a falta de participação do Inibidor de Corrosão no processo produtivo certamente inviabilizaria a produção ou, no mínimo, geraria um produto completamente impréstável ao fim a que se destina, restando claro que os argumentos apresentados pela fiscalização não são capazes de desconstituir o direito aos créditos decorrentes das aquisições dos produtos sob análise.

FREON 22 - É um insumo utilizado como fluido refrigerante nas unidades de frio, reduzindo a temperatura até -20°C de modo a remover o solvente normal Hexano do segundo sistema de secagem. Sem o gás freon, a planta não pode operar com segurança, pois o solvente impregnado no pó na saída do segundo sistema de secagem pode levar a condições de explosão na área de extrusão/silagem. A ausência do referido insumo pode comprometer a segurança dos equipamentos e do próprio processo produtivo, é intuitivo que se configura produto intermediário e, portanto, enseja o creditamento do imposto incidente na sua aquisição.

ÓLEO SILICONE - Tal insumo é utilizado para lubrificar a face da matriz e as facas do cortador na área de extrusão durante a partida da extrusora. É empregado no processo produtivo com vistas a evitar a aderência de resina fundida nas facas o que ocasionaria obstrução da câmara de corte.

MATERIAIS DE EMBALAGEM - No exercício das suas atividades, o autuado necessita adquirir materiais de embalagem para o ensacamento do Polietileno de Alta Densidade e de Ultra Alta Densidade produzidos, a depender da quantidade a ser vendida. Após serem produzidos e embalados, os produtos são empilhados sobre os paletes – material adquirido com a finalidade de deslocar as embalagens dentro da planta - para, então, serem transportados do setor de ensacamento para o estoque; deixando, por fim, o estabelecimento do autuado com destino aos seus compradores.

Salienta que embora os autuantes não tenham promovido a glosa dos materiais de embalagem acima mencionados, acabaram por rechaçar os créditos fiscais do ICMS decorrentes da aquisição de materiais utilizados na identificação das embalagens onde são acondicionados os produtos finais, a exemplo das etiquetas adesivas, marcadores esferográficos.

Assegura que é indiscutível a importância e imprescindibilidade dos materiais utilizados na identificação no processo produtivo, haja vista que tais produtos permitem a correta individualização e organização do produto final, sem os quais não seria possível a satisfatória distribuição dos produtos aos clientes. Tais embalagens são fechadas muitas vezes por meio de lacres, com o propósito de evitar perdas e avarias aos produtos acondicionados. A outro giro, outros materiais de embalagem utilizados para envolver as embalagens menores, de modo a oferecer-lhes estabilidade no manuseio e transporte também tiveram seus créditos glosados, como é o caso das fitas adesivas, lonas, e cordas.

Sustenta que, como se pode ver, os produtos acima descritos, sejam eles bens do ativo fixo, produtos intermediários ou materiais de embalagem, cujos créditos foram glosados pelos autuantes, têm, cada qual, função bastante específica no processo industrial do autuado, de modo que a falta de qualquer um deles certamente inviabilizaria a produção ou, no mínimo, geraria um produto completamente impréstável ao fim a que se destina.

Destaca que em se tratando de processo industrial, as legislações complementar e estadual garantem o direito ao crédito não só do ICMS incidente sobre a matéria-prima aplicada na produção, mas também daquele incidente sobre o material secundário ou intermediário utilizado no processo industrial.

Afirma que o que se exige, em relação ao produto intermediário, para que reste assim caracterizado, é que esse bem tenha uma aplicação tal na produção, que, sem ele, o produto não tem condições de ser produzido.

Esclarece que não há qualquer limitação, na legislação de regência do imposto, no que tange à utilização de tais créditos, exigindo-se, apenas, que o material intermediário/secundário faça parte do processo industrial, mostrando-se a este indispensável.

Aduz que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS, instituído pelo Decreto 6.284/97, garante o direito ao crédito fiscal decorrente da aquisição de produtos intermediários, conforme se pode inferir do art. 93, I, “b” e art. 97, IV, “c”, os quais transcreveu.

Salienta que dos referidos dispositivos regulamentares, infere-se que a definição geral de insumo (do qual produto intermediário e matérias de embalagem são espécies) erigida pela legislação é a de mercadoria que, não sendo alheia à atividade do estabelecimento, é adquirida para emprego no processo de industrialização e é nele consumida. Sendo que, a palavra “consumida” não significa “incorporada”, mas se refere ao fato de que as qualidades iminentes àquele produto foram gastas no processo industrial, de tal forma que o que dele sobrou não terá mais nenhuma função, será mero rebotallo; e mais, o seu potencial gasto foi agregado ao valor do produto produzido, já que a ele é indispensável.

Entende que o conceito de produto intermediário abrange todas as aquisições de bens e/ou mercadorias efetivamente empregados no processo industrial, que se mostrem a estes essenciais, aí incluídos os produtos listados pela fiscalização. Por sua vez, materiais de embalagem são todos aqueles materiais utilizados no acondicionamento das mercadorias, necessário à sua venda. Portanto, sacos, lonas, contêineres e outros materiais igualmente utilizados para esse fim (adesivos, etiquetas, marcadores, cordas) são tidos como tais.

INFRAÇÃO 02 – Aduz que tal item é uma consequência direta e imediata da questão até aqui discutida, ou seja, do direito à compensação dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição de produtos intermediários e materiais de embalagem, reputados equivocadamente pela fiscalização como bens de uso e consumo, conforme demonstrado no tópico anterior. Como a fiscalização nega o direito ao crédito do ICMS incidente sobre tais produtos, por considerá-los materiais de uso e consumo, necessariamente, teria que exigir o complemento da alíquota no que tange às aquisições interestaduais.

Reitera que os produtos em referência, listados no auto de infração como materiais de uso e consumo, não foram destinados ao consumo do estabelecimento do autuado, mas sim, foram empregados de forma imprescindível em seu processo produtivo, devendo ser classificados como bens do ativo fixo, produtos intermediários ou materiais de embalagem, conforme anteriormente demonstrado. Assim, restando evidenciado o direito ao aproveitamento do crédito decorrente da aquisição dos produtos em pauta, indispensáveis ao processo produtivo do autuado, a exigência do diferencial de alíquota perde completamente o sentido e, conseqüentemente, pelas mesmas razões, a infração 01 também deve ser julgada totalmente improcedente.

Requer a juntada posterior de Laudo Técnico complementar, comprovando, assim, a imprescindibilidade de tais produtos em seu processo produtivo, e sua participação no produto final por si comercializado.

Pugna pela realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, com o que será enfim confirmada a total improcedência dos itens 01 e 02 do auto de infração.

INFRAÇÃO 03 – Aduz ter direito ao crédito fiscal relativo à aquisição de nitrogênio aplicado nos laboratórios e na purga dos equipamentos.

Frisa que os Autuantes promoveram a glosa de 10% dos créditos fiscais de ICMS referentes às entradas de Nitrogênio no período de janeiro a dezembro de 2007, sob a justificativa de que tal parcela de nitrogênio teria sido utilizada nos laboratórios e na manutenção da planta, pelo que teria natureza de bem de uso e consumo do estabelecimento, conforme descrito nos Anexos II, II-A e II-B do auto de infração. Contudo, a interpretação adotada pela Fiscalização não merece prosperar, seja porque o Nitrogênio empregado nos laboratórios e na limpeza do maquinário do parque fabril tem natureza de insumo, seja porque o percentual de 10%, presumido pelos Autuantes como sendo a quantidade do insumo empregado em tais setores foge totalmente à realidade da Unidade fabril autuada.

Esclarece que adquire grandes quantidades de nitrogênio, que é aplicado como insumo no processo produtivo na fabricação do Polietileno e, em diminuta quantidade, nos laboratórios e na purga dos seus equipamentos fabris. Com efeito, os controles dos processos químicos são indispensáveis ao exercício da atividade do autuado, na medida em que viabilizam a execução do processo de industrialização dentro das condições necessárias a que se obtenha o produto final desejado, necessitando sempre de grandes investimentos.

Aduz que alguns desses controles são efetuados por meio dos laboratórios instalados na planta industrial, atuando no curso do processo produtivo, na medida em que avalia de forma constante as reações químicas necessárias à produção do polietileno, bem como as especificações técnicas dos insumos químicos adicionados ao processo, para garantir que, ao final, será efetivamente produzido o polietileno, e não produto imprestável para a venda ou fora das especificações.

Diz que, nos laboratórios, o nitrogênio é utilizado como insumo para análise de correntes gasosas em equipamentos denominados Cromatógrafos, servindo como gás de arraste (veículo) para diluição da amostra adicionada ao referido aparelho, o qual tem por finalidade a análise de fluidos de processo, ou seja, das correntes de eteno, hidrogênio e Buteno-1, a fim de permitir a análise eficaz do processo produtivo e consequente controle da polimerização.

Assegura que o Laudo Técnico, (doc. 05) da defesa, atesta a função e essencialidade do nitrogênio empregado no setor laboratorial para o processo fabril, bem como o percentual deste insumo consumido nos laboratórios, a saber, 2,1% do total adquirido no ano de 2007, tal como informado à fiscalização no curso da ação fiscal.

Acrescenta que, além de ser empregado nos laboratórios da planta fabril, uma pequena parcela do nitrogênio é utilizada na limpeza dos equipamentos do parque industrial, após a manutenção destes, sob pena de comprometer a segurança dos empregados, do maquinário, bem como a própria produção. Após a manutenção de qualquer equipamento da planta, eles devem ser purgados, limpos e secos com nitrogênio, que promove a limpeza química do processo, extraindo resíduos presentes nos equipamentos e máquinas que compõem o seu parque fabril, que possa comprometer a qualidade dos produtos em fabricação.

Afirma ser evidente que tal produto é indispensável e essencial para o processo produtivo, afigurando-se como produto intermediário, já que, embora não se integre ao produto final, é consumido durante sua utilização. Em tais circunstâncias, é evidente o direito à apropriação dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição do nitrogênio, transcrevendo o parágrafo único do art. 93 do RICMS/BA, que baliza o direito aos créditos fiscais do ICMS decorrentes das aquisições de matérias primas, produtos intermediários e material.

Argumenta que as aquisições em tela conferem créditos fiscais desde que as mercadorias estejam vinculadas à industrialização, sejam consumidos no processo industrial ou, alternativamente, que integrem fisicamente o produto final. O nitrogênio não se integra ao produto final, porém atende aos dois outros requisitos elencados no parágrafo único do art. 93, na medida em que está

efetivamente vinculado ao processo produtivo, afetando o seu resultado e nele se consumindo integralmente. Nesses termos, não se pode refutar o direito do autuado de se creditar integralmente do ICMS destacado sobre as notas fiscais de aquisição do nitrogênio, vez que o referido produto satisfaz os requisitos exigidos para esse fim.

Sustenta que, ainda que não seja reconhecido o direito aos créditos fiscais relacionados à fração do nitrogênio empregada na purga de equipamentos e na área de laboratório, o percentual de 10% presumido pela fiscalização, correspondente à parcela utilizada nesses setores foge ao razoável, pois no curso do procedimento de fiscalização do estabelecimento autuado, o autuado esclareceu aos Autuantes que o percentual de Nitrogênio utilizado nos laboratórios é de, aproximadamente, de 2,1%.

Destaca que restou ainda evidenciado naquela fase prévia à autuação que a aplicação do nitrogênio na limpeza dos equipamentos é esporádica e que a quantidade utilizada nesse fim se afigura ínfima. Entretanto, os Autuantes glosaram 10% dos créditos de nitrogênio adquirido no ano de 2007, alegando que tal percentual corresponderia à quantidade do produto aplicado nos laboratórios e limpeza do maquinário.

Assim, sabendo-se que o percentual empregado nos laboratórios no ano de 2007 foi de 2,1%, tem-se que os Auditores autuantes consideraram como sendo de 7,9% a quantidade do Nitrogênio empregado na purga das máquinas; o que não corresponde à realidade. Isso porque, apenas 5,37% do Nitrogênio foi utilizado para tal finalidade, no ano de 2007. Com efeito, conforme atestado pelo corpo técnico do autuado, parte do nitrogênio adquirido foi utilizado para fins de purga dos seus equipamentos, num curto interregno do período fiscalizado, conquanto foi aproveitado para esta finalidade somente durante a parada da planta, ocorrida entre os dias 17/09/2007 e 04/10/2007. (doc. 05).

Requer, ao menos, seja reconhecida a incorreção do percentual de 10% eleito pelos autuantes, reduzindo para 7,47%, conforme demonstrado no Laudo em anexo.

INFRAÇÃO 04 – Aduz que os prepostos fazendários apuraram os somatórios das operações sujeitas ao diferencial de alíquota nos referidos meses e compararam com os valores registrados nos Livros Registros de Apuração do ICMS, exigindo do autuado as diferenças identificadas, que totalizaram R\$13.947,72. Ocorre que, quando da elaboração do Anexo III-B do auto de infração, os autuantes não consideraram a correta base de cálculo do diferencial de alíquota devido nos citados meses, porquanto não cuidaram de excluir os valores das mercadorias sujeitas a base de cálculo reduzida ou isentas existentes nas notas fiscais, o que redundou na apuração incorreta do débito.

Cita como exemplo, no mês de novembro de 2007, os Autuantes apuraram que seria devida pelo autuado a importância de R\$ 108.084,21 a título de DIFAL, conforme apontado no Anexo III-A, montante este correspondente ao somatório dos valores totais das notas fiscais listadas no Anexo III-B. Contudo, para correta apuração do DIFAL, os Autuantes deveriam ter excluído da base de cálculo as quantias de R\$ 230.672,97 (CFOP 2551) e R\$ 1.921,29 (CFOP 2556), relativas às operações isentas e com base de cálculo reduzida.

Reproduz a apuração do DIFAL, notoriamente em relação às operações beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, as quais, conforme acima pontuado, foram ignoradas pelos prepostos fiscais.

No que tange às notas fiscais relativas às operações beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo em voga, o autuado compromete a trazê-las aos autos tão logo as localize em seus arquivos.

Requer pela improcedência do item 04 da peça acusatória, posto que eivado de vício o respectivo demonstrativo fiscal.

INFRAÇÕES 05 e 06 – Frisa que diante da leitura da peça acusatória, verifica-se que os prepostos fazendários justificam tal exigência no suposto descumprimento da legislação do ICMS, especificamente no que tange à obrigatoriedade de registrar, no Livro de Registro de Entradas, o ingresso das mercadorias apontadas nas notas fiscais indicadas nos Anexos IV e V (itens 05 e 06) da peça acusatória.

Assegura que não resta alternativa ao autuado senão demonstrar que referidas multas não devem subsistir, tendo em vista:

- a) que grande maioria das notas fiscais tidas como não escrituradas nos Livros Registro de Entradas foram devidamente registradas ou dizem respeito a notas fiscais de prestação de serviços, que, obviamente não têm lugar nos citados livros fiscais;*
- b) algumas notas fiscais foram escrituradas, mas, por um mero erro de digitação quando do seu registro nos respectivos LRE acabaram não sendo identificadas pela fiscalização, embora todas as demais informações tenham sido informadas corretamente;*
- c) subsidiariamente, tendo em vista que a situação vertente se amolda às circunstâncias previstas no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/1996, que autorizam o seu cancelamento, o que revela medida consentânea com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando, ademais, o confisco; e, finalmente,*
- d) em razão de o levantamento fiscal que deu ensejo à imposição das penalidades combatidas basearem-se em meros indícios, ofendendo os princípios da verdade material, da segurança jurídica e do contraditório.*

Prosseguindo, passou a detalhar cada argumento acima listado.

INFRAÇÃO 07 – Frisa que através do item 07 do auto de infração ora combatido, o fiscal autuante alega suposta falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza de exportação, sem a comprovação da efetiva saída do País por intermédio de Guias ou Registros de Exportação, indicando suposta ofensa às normas regulamentares estampados nos artigos 50, I, 56, I e 124, I do RICMS/BA. No entender da fiscalização, as notas fiscais listadas no Anexo VI deveriam estar vinculadas a Registros de Exportação averbados no SISCOMEX, para que fosse comprovado que as mercadorias comercializadas saíram efetivamente do país.

Reconhece que enfrentou grande dificuldade em localizar em seus arquivos os documentos hábeis a comprovar a efetiva exportação das mercadorias relacionadas a algumas das notas fiscais autuadas e correlacioná-los no curso da fiscalização, o que fará doravante. Contudo, ao analisar as notas fiscais objeto da autuação, o autuado percebeu que, quanto à grande maioria das notas fiscais listadas no Anexo VI, é descabida a exigência da fiscalização, por não se referirem tais notas a uma operação que desse ensejo à efetiva saída dos bens do País, diante do que não se pode exigir a comprovação da exportação mediante vinculação do seu número a Registro de Exportação.

Aduz que a fim de facilitar a análise da impugnação por parte dos Julgadores, o autuado dividirá o presente item nos tópicos a seguir listados, de modo a demonstrar, quanto a cada um deles, a improcedência da cobrança: a) Das Notas Fiscais de Complementação de Preço e b) Das Notas Fiscais de Venda de Mercadorias situadas em Armazéns Gerais situados fora do Brasil.

A) DAS NOTAS FISCAIS DE COMPLEMENTAÇÃO DE PREÇO

Frisa que ao analisar detidamente o Anexo VI, o autuado observou que diversas Notas Fiscais (doc. 08), listadas na anexa planilha (doc. 09), emitidas sob o CFOP 7.101 (venda de produção do estabelecimento, para o exterior), referem-se à mera complementação de preço de operações de exportação já acobertadas por outras notas fiscais, em razão da conversão da moeda, em observância ao art. 201, do RICMS. Tal fato pode ser constatado pela leitura do campo “Dados Adicionais” das referidas notas fiscais, onde está registrada a informação de “Nota Fiscal complementar de preço emitida para correção de erro ocorrido na emissão da NF....”.

Destaca que se trata de nota fiscal emitida unicamente com o fim de complementar preço, não se há que exigir comprovação da exportação, já que a efetiva saída da mercadoria do País foi acobertada por nota fiscal anteriormente emitida e não pela nota fiscal de simples complementação de preço. Nesse contexto, não há como se exigir a apresentação de Registro de Exportação quanto às notas fiscais aqui tratadas, por elas não se referirem a uma operação que implique na saída de mercadorias para o exterior, mas tão somente para complementar o preço de operação de exportação anterior. Deve, assim, ser afastada a exigência do ICMS quanto à situação acima delineada.

B) DAS NOTAS FISCAIS DE VENDA DE MERCADORIAS SITUADAS EM ARMAZÉNS GERAIS SITUADOS FORA DO BRASIL

Aduz que além das notas fiscais acima citadas, o autuado observou que a maior parte das notas fiscais objeto da autuação diz respeito a operações de “Venda Produção do Estabelecimento Saída de Armazém”, devidamente classificadas sob o CFOP 7105 (doc. 10), listadas na planilha em anexo (doc.11). No exercício de suas atividades de industrialização e comercialização de Polietileno, por questões de estratégia comercial internacional, a POLIALDEN remetia parte da sua produção para armazéns localizados em outros países, especialmente em Roterdã, Holanda, maior porto de cargas da Europa e principal ponto de escoamento de produtos oriundos de outros continentes para os países da União Européia. Para tanto, em obediência à legislação de regência do ICMS, a POLIALDEN emitia nota fiscal de remessa para armazenagem no exterior, sob o CFOP 7.949, para acobertar a saída das mercadorias para fora do país.

Sustenta que em decorrência da operação de efetiva exportação representada pelas notas fiscais de remessa de mercadorias para armazenagem fora do país, a POLIALDEN realizava todos os procedimentos aduaneiros necessários à formalização da exportação, tais como a elaboração de Registro de Exportação, devidamente averbado no SISCOMEX e vinculado à *Commercial Invoice* relativa à nota fiscal de remessa para armazenagem no exterior. Após a remessa ao exterior, as mercadorias permaneciam armazenadas até a concretização da operação de compra e venda com clientes residentes fora do País. Tão logo era efetivada a venda dos produtos armazenados, era emitida nota fiscal de simples faturamento, sob o CFOP 7105 - “Venda Produção do Estabelecimento Saída de Armazém”, com a indicação do local onde se daria a saída da mercadoria (armazém Handelsveem B.V., na Holanda), bem como outra fatura comercial (*Commercial Invoice*) em nome do comprador.

Salienta que a mercadoria vendida sob o CFOP 7105 era então enviada pelo armazém geral localizado na Holanda para o cliente da POLIALDEN situado, via de regra, na União Europeia.

Destaca que da simples análise da operação acima delineada, é possível constatar que a efetiva saída do produto vendido do País ocorreu quando da sua remessa para armazenagem na Holanda, e não quando da sua posterior venda aos clientes europeus. Neste momento, a mercadoria já se encontrava fora do país, em armazém geral, e de lá foi remetida para o seu comprador.

Assegura que no momento da fiscalização, o Fiscal não observou que grande parte das notas fiscais para quais exigia as correspondentes guias de exportação não se referiam às efetivas operações de exportação, mas sim à venda dos produtos que já se encontram além das fronteiras nacionais (doc. 10 –cópia das notas fiscais).

Reitera que é evidente que as notas fiscais emitidas sob o CFOP 7105, quanto a produtos armazenados anteriormente fora do País, não estão e jamais poderiam estar vinculadas a Registros de Exportação, porquanto, como já sinalizado, sua emissão se deu posteriormente ao procedimento de exportação. Em verdade, as notas emitidas para acobertar as remessas para armazenagem é que devem estar vinculadas ao REs, como de fato estão, nunca as notas de simples faturamento para formalizar a venda de produtos já localizados fora do país.

Aduz que, longe de se configurarem meras assertivas, convém trazer à colação o exemplo da Nota Fiscal nº 98.348 (doc. 12), constante do Anexo VI. Da análise do campo destinado aos dados

adicionais, infere-se que quando da emissão do documento a mercadoria já se encontrava no armazém da empresa HANDELSVEEM B.V, localizada em Roterdã, Holanda, devendo sair do referido estabelecimento para o seu destinatário, localizado na Alemanha. Logo, se as mercadorias vendidas já se encontravam no exterior, em armazéns situados fora do País, não há que se falar em comprovação da exportação relativamente às notas fiscais enumeradas pela fiscalização, visto que estas notas não acobertam operações de efetiva saída dos produtos do Brasil, mas tão-somente ao simples faturamento para os clientes estrangeiros.

Reitera que as notas fiscais que consubstanciaram as exportações foram emitidas em data anterior, sob o código 7.949 (vide relação das notas fiscais de armazenagem emitidas nos 2006, em anexo – doc. 13). para acobertar a saída dos produtos com destino ao exterior. Certamente, as referidas notas fiscais foram objeto de análise pelo Autuante, não tendo este verificado qualquer ausência de comprovação da exportação para o exterior, tanto que estas não foram arroladas no Anexo VI do guernado AI. Isto posto, não há que se falar em infração à legislação do ICMS, tendo em vista que as notas fiscais listadas no documento de n. 11, são notas fiscais de simples faturamento de mercadorias exportadas em momento precedente, não passíveis, portanto, de registro no Siscomex.

No que tange às demais Notas Fiscais objeto da autuação, assevera que em que pese estar convicto de que não cometeu qualquer infração à legislação de regência do ICMS, não logrou identificar, dentro do exíguo prazo para apresentação da presente impugnação, os documentos que comprovam a regularidade das operações por si realizadas. Isto porque, muitos dos documentos se encontram em poder dos despachantes aduaneiros que representaram o autuado junto à Alfândega à época da ocorrência das operações. Protesta pela juntada posterior da documentação supra mencionada, o que fará, sem sombra de dúvida, dentro do menor tempo possível, já que prossegue se dedicando totalmente a este propósito.

INFRAÇÕES 08, 09 E 10 – Destaca que os autuantes apontaram supostas infrações à legislação do ICMS, nos seguintes termos:

- a) no que tange ao item 08 da peça acusatória, apontaram a falta de recolhimento do ICMS devido na qualidade de substituto tributário por diferimento, nas aquisições de utilidades de outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica;
- b) quanto à infração 09, imputaram o recolhimento a menor do ICMS devido na qualidade de substituto tributário por diferimento na aquisição de refeições;
- c) por fim, em relação à infração 10, comete o autuado a utilização indevida de créditos fiscais de ICMS referente à contratação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal de funcionários da empresa.

Sustenta que, em que pese o fato de não ter conseguido identificar dentro do prazo legalmente conferido para a apresentação da presente impugnação os documentos que comprovam o não cometimento das referidas infrações, o autuado está convicto de que não violou a legislação de regência do imposto, já que certo está de que adotou os escorreitos procedimentos em relação às operações questionadas pelo Fisco. Deste modo, o autuado, por meio do pessoal alocado em seu setor fiscal, continua envidando todos os esforços necessários para identificar tais documentos nos seus arquivos, os quais certamente demonstrarão a lisura dos procedimentos por ela adotados em relação às operações fiscalizadas. Protesta pela juntada posterior da documentação supra mencionada, o que fará, sem sombra de dúvida, dentro do menor tempo possível, já que prossegue se dedicando totalmente a este propósito.

Ao finalizar, requer improcedência, juntada posterior de documentos e realização de diligências.

Os autuantes, fls. 781 a 791, ao prestarem a informação fiscal, em relação à alegação de decadência dos fatos geradores do período de agosto a novembro de 2006, aduzem que o preceito 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, o qual transcreveu.

Destacam que a partir da interpretação desse dispositivo, resta claro que as obrigações tributárias nascidas no período acima mencionado somente a partir de 2012 não seria mais permitido ao fisco a constituição definitiva do crédito tributário através do lançamento por homologação. Como este auto de infração foi lavrado em 15 de dezembro de 2011, plenamente válido o crédito tributário exigido neste processo administrativo fiscal. Para corroborar este argumento, dizem ser imperioso analisar os artigos 965 e 90 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 6284/97.

Prosseguindo, passou a contestar os argumentos defensivos por infração.

INFRAÇÃO 01 – Frisam que o autuado argumenta em sua defesa que os materiais cujos créditos foram glosados pela fiscalização estão diretamente integrados ao seu processo produtivo, os caracterizando como bens do ativo fixo, produtos intermediários ou material de embalagens, entretanto, demonstrarão que não procede às alegações apresentadas pela mesma:

HIDROGÊNIO CROMATOGRAFIA – Destacam que o aparelho cromatógrafo onde é utilizado o gás hidrogênio está localizado no laboratório da empresa sem nenhuma conexão física com a linha de produção. Desta forma, o hidrogênio não é consumido durante o processo produtivo, nem é incorporado ao produto final, pois, a obtenção do produto final não depende da presença do mesmo, funcionam independentemente entre si. Quanto a importância que imputa a autuada ao hidrogênio na obtenção do produto final pode ser comparada a mesma dos materiais de limpeza utilizados no chão de fábrica onde depois de algum tempo sem a sua utilização o ambiente ficaria tão sujo que seria impossível se trabalhar no local, mas nem por isso eles são considerados como produtos intermediários como que fazer crê a impugnante em relação ao hidrogênio. Mais um caso em que o hidrogênio em termos comparativo se equivale no processo produtivo, fazendo uma analogia, seria o óleo lubrificante utilizado em uma máquina utilizada no ambiente fabril onde tem como função essencial manter a mesma funcionando em condições ideais, lubrificando suas peças internas e não deixando-a aquecer entretanto, por estas razões não podem caracterizá-lo como produto intermediário e sim material de uso consumo, pois o mesmo não apresenta os pré-requisitos necessários para ser considerado de intermediário.

Observam que se a máquina não funcionar o processo produtivo é interrompido e não se obtém o produto final, mas mesmo assim não pode transferir a essencialidade da máquina para o óleo que a faz trabalhar adequadamente. Desta forma, não resta dúvidas de que o hidrogênio não se desgasta com o processo, não se incorpora ao produto final e nem é imprescindível na obtenção do produto final como foi demonstrado pela exposição acima, e portanto não pode ser equivocadamente caracterizado de material intermediário, nem bem do ativo ou material de embalagem.

PENEIRA MOLECULAR – Destacam que não pode ser considerada ativo fixo, devido sua reposição constante no processo produtivo, menos de um ano, não é material de embalagem, nem pode ser considerado material intermediário, apesar de ser desgastada no processo produtivo, não se incorpora ao produto final, e sua essencialidade no processo produtivo pode ser comparada a uma parte ou peça de um ativo fixo ligado a produção que é reposta devido ao desgaste e incorporado ao processo sem perder suas características de material de uso consumo apesar de fazer parte do todo. É essa a importância da peneira molecular equivalente a de uma peça que é substituída de um ativo fixo da empresa que faz parte da linha de produção, ligado diretamente a obtenção do produto final, mas nem por isso possa ser considerado de produto intermediário e sim de material de uso e consumo sem direto ao crédito fiscal.

HIPOCLORITO DE SÓDIO - Substância química utilizada no tratamento de água de refrigeração da empresa, tem como objetivos principais aumentar o intervalo de tempo entre uma manutenção e outra, como também a vida útil do equipamento. Sua reposição é feita à medida que ocorram

perdas e vazamentos, tendo em vista estamos tratando de um sistema fechado, não integra o produto final e quanto a sua importância podem afirmar que a obtenção do produto final não depende de sua presença no sistema. O que ocorre de fato é que sem este produto o tempo entre uma manutenção e outra se reduziria, como também a vida útil do equipamento, mas poderiam sim produzir na ausência de tal substância, daí a sua diminuta ou quase nenhuma importância na obtenção do produto final.

Frisam que para a empresa é mais econômico utilizar tal substância pelo que já foi exposto acima, mas não pela essencialidade na obtenção do produto fim da empresa. Portanto, não se pode considerar tal substância de produto intermediário e sim de material de uso consumo. Sua função principal é dissolver os sólidos existente na água e retirar-os evitando assim, o depósito dos mesmos nas paredes dos equipamentos, que promoveria assim a necessidade de uma manutenção prematura. Apesar da discussão, esta questão já é ponto pacífico, tendo vários autos de infração julgados procedentes por este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF).

INIBIDORES DE CORROSÃO – Aduzem que são substâncias químicas com funções muito próximas do hipoclorito de sódio do ponto de vista fiscal, tem como objetivo também aumentar o intervalo de tempo entre uma manutenção e outra, como também a vida útil do equipamento. Sua reposição é feita à medida que ocorram perdas e vazamentos, tendo em vista se tratar de um sistema fechado, não integra o produto final e quanto a sua importância podem afirmar que a obtenção do produto final não depende de sua presença no sistema. O que ocorre de fato é que sem este produto, o tempo entre uma manutenção e outra se reduziria, como também a vida útil do equipamento, mas poderiam sim produzir na ausência de tal substância, daí a sua diminuta ou quase nenhuma importância na obtenção do produto final. Para a empresa é mais econômico utilizar tal substância pelo que já foi exposto acima, mas não pela essencialidade na obtenção do produto fim da empresa. Portanto, não se pode considerar tal substância de produto intermediário e sim de material de uso consumo. Sua função principal é evitar a corrosão dos equipamentos, devido os agentes agressivos existentes na água de refrigeração que promoveria assim a necessidade de uma manutenção prematura. Como se pode ver, devido à proximidade entre um e outro utiliza basicamente os mesmos argumentos do hipoclorito de sódio.

FREON 22 – Entendem que o Freon 22 não pode ser considerado material de embalagens, nem tão pouco produto intermediário, pois, não se desgasta constantemente durante o processo produtivo, pois se encontra em um sistema fechado sem contato com os agentes utilizados diretamente na linha de produção, sua reposição é devido a pequenos vazamentos do sistema onde ele é injetado, pois não existe sistema fechado idealmente, sendo assim a reposição é feita a medida da necessidade. Não se incorpora ao produto final e sua essencialidade é a mesma de um fluido lubrificante de uma máquina pertencente ao ativo fixo da empresa instalada na linha de produção. De igual forma que o óleo é repostado na máquina devido seu desgaste, o freon 22 é injetado no sistema de refrigeração para repor a parcela que vazou de forma a manter a quantidade em condições ideais do sistema. A parte do processo que é utilizado o freon 22 é idêntico ao que ocorre com uma geladeira doméstica, entretanto, se fosse utilizado um sistema de refrigeração no sistema produtivo como uma geladeira quem daria direito ao crédito seria a aquisição da geladeira e não a reposição do gás caso precisasse repor a quantidade que vazou. Portanto, está claro que o freon 22 é material de uso consumo e não produto intermediário como caracterizou a autuada equivocadamente.

ÓLEO SILICONE – Afirmam que o óleo silicone, como já informa a própria autuada em sua defesa, é utilizado para lubrificar a face das matrizes e as facas do cortador, ou seja, possui a mesma função do óleo lubrificante de uma máquina da linha de produção da empresa e a mesma importância pois, se o óleo lubrificante não for utilizado e a máquina danificar e parar de funcionar, a produção pára imediatamente, interrompendo a obtenção do produto final. Entretanto, no caso do óleo lubrificante da máquina acima mencionado a autuada não reclama

pelo crédito, todavia no caso do óleo de silicone com as mesmas características o autuado reclama pelo crédito fiscal, não havendo coerência.

ETIQUETAS ADESIVAS, MARCADORES ESFEROGRAFICOS, LACRES, FITAS ADESIVAS, LONAS, CORDAS – Salientam que se pode ver claramente a respeito dos materiais, em que a impugnante elege equivocadamente como material de embalagem, é que quando do seu uso no processo de construção do produto acabado, os mesmos são inseridos exatamente na etapa em que o acondicionamento do produto final já ocorreu em toda sua plenitude, agem com acessórios e desta forma dispensáveis para o acondicionamento adequado do produto.

Citam como exemplo a lona e a corda, onde após carregar um caminhão da frota da empresa para entrega, a corda e a lona fossem utilizados para sustentar a carga durante a viagem, como é feito para realizar o transporte do produto acabado da área de produção para a área de estocagem dentro da fábrica. Questionam: No primeiro caso com o caminhão não teria direito ao crédito fiscal nas aquisições da lona e da corda feitas pela empresa? Por que num caso idêntico sob o ponto de vista funcional que é o segundo caso, da locomoção dos produtos do ponto de produção até o ponto de estocagem haveria de ter direito ao crédito. Portanto, por tudo o exposto fica claro que todos os materiais em lide nesta questão são materiais de uso consumo e não material do ativo, intermediário ou de embalagem como equivocadamente defendeu a autuada.

INFRAÇÃO 02 – Destacam que como a segunda infração esta ligada diretamente a primeira, sob o ponto de vista do mérito, reiteram todas as argumentações apresentadas para a primeira infração, também para segunda.

INFRAÇÃO 03 - Asseguram que o crédito glosado, relativo às aquisições do Nitrogênio realizado pela empresa, se refere às quantidades consumidas no laboratório, na purga e limpeza dos equipamentos durante os períodos de parada da planta para manutenção ou situações similares.

No caso da utilização do nitrogênio no aparelho cromatógrafo, localizado no laboratório da empresa, afirmam que este aparelho não possui nenhuma conexão física com a linha de produção, o nitrogênio não é consumido em consonância com o processo produtivo, nem é incorporado ao produto final, pois, a obtenção do produto final não depende da presença do mesmo, funcionando independentemente entre si. Quanto a importância que imputa a autuada ao nitrogênio na obtenção do produto final pode ser comparada a mesma do material de limpeza utilizados no chão de fábrica onde depois de algum tempo sem a sua utilização o ambiente ficaria tão sujo que seria impossível se trabalhar no local, mas nem por isso eles são considerados como produtos intermediários. Mais um caso em que o nitrogênio em termos comparativo se equivale no processo produtivo, fazendo uma analogia, seria o óleo lubrificante utilizado em uma máquina utilizada no ambiente fabril onde tem como função essencial manter a mesma funcionando em condições ideais, lubrificando suas peças internas e não deixando-a aquecer. Entretanto, por estas razões não poderem caracterizá-lo como produto intermediário e sim material de uso consumo, pois o mesmo não apresenta os pré-requisitos necessários para ser considerado de intermediário.

Observa que se a máquina pára de funcionar o processo produtivo é interrompido e não se obtém o produto final, mas mesmo assim não podem transferir a essencialidade da máquina para o óleo que a faz trabalhar adequadamente. É isso que a autuada quer fazer parecer com relação ao nitrogênio utilizado no cromatógrafo, imputar ao mesmo uma importância que ele não tem no processo produtivo. Sem contar que neste caso é menos agravante que no exemplo acima citado, pois se o cromatógrafo pára de funcionar o processo produtivo não se interrompe como acontece no caso da máquina que pertence a linha de produção. Desta forma, não resta dúvidas de que o nitrogênio não se desgasta com o processo, não se incorpora ao produto final e nem é imprescindível na obtenção do produto final como foi demonstrado pela exposição acima e portanto, não pode ser equivocadamente caracterizado de material intermediário, nem bem do ativo ou material de embalagem.

Quanto a parcela utilizada na limpeza e purga de equipamentos como informa a própria autuada, entende que não resta dúvidas sobre as características claras e inequívocas de se tratar de material de uso consumo. É nesta função de limpeza dos equipamentos que se identifica de forma cristalina a não essencialidade do produto durante o processo produtivo.

Em relação ao percentual de estorno dos créditos relativo às aquisições foi de 10%, dizem que é o percentual mínimo para o porte de uma empresa como a fiscalizada e desta forma, não é concebível que a impugnante venha através de argumentos frágeis querer baixar este valor para 7,47%. Portanto, pelo que foi informado e demonstrado não sobra dúvidas a respeito do nitrogênio e de sua condição inequívoca de material uso consumo no processo produtivo, como também do percentual consumido pela empresa que é de no mínimo de 10%, com base no porte da mesma.

INFRAÇÃO 04 – Destacam que o autuado questiona os valores apresentados, elaborando planilhas com números aleatórios, argumenta que não foi levado em consideração as operações isentas e com redução de base de cálculo para efetuar o cálculo do ICMS Diferença de Alíquota em lide, mas não conseguiu descaracterizar o trabalho realizado pelos auditores fiscais que se encontra no anexo III-B do presente processo fiscal. Nenhuma prova material é anexada ao processo fiscal pelo autuado, como documentos fiscais, por exemplo, a título do que fez os autuantes. Portanto, o intuito da autuada é simplesmente postergar ao máximo o julgamento, ganhando com isso tempo de forma desnecessária. Desta forma, não resta outro caminho, senão pela procedência da reclamação em lide.

INFRAÇÃO 05 e 06 – Ressaltam que ao ser constatado a falta de escrituração dos documentos fiscais pelo contribuinte no seu Livro Registro de Entradas, os prepostos fiscais realizaram um trabalho de circularização com outros contribuintes fornecedores da empresa fiscalizada para confirmar de fato a infração cometida pela impugnante. Partiram das informações prestadas por estes a Secretária da Fazenda e em seguida solicitaram cópias dos documentos fiscais para anexar ao presente processo fiscal. Cópias estas, de notas fiscais emitidas contra a autuada e que, portanto, deveria ter em sua posse a impugnante. Mas mesmo assim foram disponibilizadas para a autuada conforme notificação assinada quando da entrega do auto de infração. Desta forma não existiu cerceamento de defesa como alega em sua defesa.

Aduzem que continuou na sua defesa apresentando planilhas onde aponta uma pequena amostra de números de notas fiscais que supostamente tenha sido trocado pela mesma na ora da escrituração dos documentos, amostra esta irrelevante comparada com a quantidade de documentos listados pelos autuantes, tal atitude entendem tem mais intuito de protelar o julgamento que valor de prova contra o que foi apresentado pelos prepostos fiscais. O trabalho de fiscalização realizado pelos auditores foi muito criterioso apresentando aos autos cópias de documentos fiscais e a cópia do livro Registro de Entradas sem a devida escrituração.

Sobre a alegação de que a autuação se caracteriza um confisco, dizem que não faz o menor sentido, uma multa aplicada de 1% ser considerado um confisco, mesmo a de 10% o valor correspondente não ultrapassou os 400 mil reais para uma empresa de grande porte como é o caso.

INFRAÇÃO 07 – Destacam que os documentos que comprovam de fato a efetiva operação de exportação é o Registro de Exportação Averbado (RE`s) e Despacho de Declaração de Exportação (DDE`s) pois, é nestes documentos que se pode encontrar todas as informações necessárias para dirimir todas as dúvidas quanto a real saída para o exterior das mercadorias descritas nos documentos fiscais emitidas pela autuada. Pois os documentos em referência estão vinculados uns aos outros e se complementam em informações dando assim as informações como: Invoíce, número de nota fiscal, data de embarque do produto, descrição do produto, quantidade, país a que se destina o produto, adquirente do produto e outras mais, documentos estes emitidos e cancelados pela Recita Federal. Porém o autuado apresentou uma série de argumentações exceto

o principal que foi apresentar tais documentos essenciais para comprovar de forma incontestável a exportação dos produtos descritos nos documentos listados pelos autuantes nos seus demonstrativos anexo VI do presente processo fiscal.

Quanto a pequena quantidade de notas fiscais de complemento de preço e simples faturamento (7105), diz que a autuada não apresentou os RE's e DDE's que comprovam a efetiva exportação das mercadorias descritas nas notas fiscais que às vinculam, pois se existe uma nota fiscal de complemento de preço deve haver uma nota fiscal correspondente com a descrição dos produtos que acobertou os mesmo quando do embarque para exterior. Idem para o caso de simples faturamento, pois quando foi emitida a nota fiscal o produto supostamente já deveria esta no armazém geral ou no exterior.

Questionam: Onde estão os RE's e DDE's vinculando estas saídas com a nota fiscal que acobertou a movimentação destes produtos até a efetiva saídas para o exterior?

Em relação as demais operações (7101 e 7949), que é a maior quantidade movimentada nada também foi apresentado pelo autuante, o que perceberam claramente uma motivação por parte da mesma de postergar o tramite do processo de forma indefinida ganhando tempo de forma desnecessária.

Concluem, que não há outro caminho, senão pela total procedência da infração ora em lide cometida pelo contribuinte.

INFRAÇÃO 08, 09 E 10 – Aduzem que o autuado simplesmente não contesta valores, não apresenta nenhuma documentação a seu favor que possa desqualificar o trabalho realizado pelos prepostos fiscais, pede apenas tempo para a entrega de supostos documentos. Entretanto, referente às infrações em questão silenciou, não questionou os valores apresentados na autuação, e como no RPAF estabelece que após a ciência do lançamento de ofício o Contribuinte Autuado dispõe do prazo de até 30 (trinta) dias para quitar ou impugnar o lançamento. Neste caso não houve impugnação do Auto de Infração, exatamente no trigésimo dia do prazo, consumando sua resposta. Com a apresentação da defesa a Autuada praticou um dos atos a que teria direito como resposta ao lançamento contra si efetivado. Ocorreu desta forma, a preclusão consumativa. Assim, em relação aos valores não houve impugnação específica da autuada em sua contestação tem-se como produzidos os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, II do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF.

Ao finalizar, opina manutenção da autuação.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JJF decidido por sua conversão em diligência a INFAZ DE ORIGEM, para que fosse atendido o solicitado à fls.794 a 797.

Em atendimento ao solicitado na diligência os autuantes, fl. 799, afirmam que não dispõem dos documentos solicitados na diligência.

Ao se manifestar sobre o resultado da diligência o autuado, fls. 809 a 819, destaca o não cumprimento da diligência fiscal pelos autuantes, reiterando que tais infrações não merecem subsistir.

Em nova informação fiscal, fl. 883, os autuantes aduzem que o autuando não apresentou nada de novo, repetindo tudo que já foi apresentado anteriormente.

Considerando que os pedidos consignados na diligência anterior não foram atendidos de forma satisfatória, fato inclusive apontado pela defesa, o PAF foi baixado em nova diligência, para ASTEC/CONSEF, para que fossem atendidas as solicitações às folhas 886 a 888.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0050/2013 às fls. 890 a 891 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, informa que atendendo o solicitado pela Junta de Julgamento Fiscal, as infrações forma ajustadas conforme planilhas

demonstrativas, fls. 892 e 893.

Em nova manifestação defensiva, fls. 902 a 909, em relação ao resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, afirma concordar com o resultado, no item 1.10 da peça defensiva, fl. 907 dos autos.

Os autuante em nova informação fiscal, fl. 921, reafirmam a informação fiscal à folha 781 a 791.

Às folhas 955 a 963, foi relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento dos valores das infrações 05, 06, 08, 09 e 10, os benefícios auferidos mediante Lei nº 12.903/2013.

Às folhas 964 a 967, foi acostado aos autos o Processo nº SIPRO 424807/2013-3, no qual o sujeito passivo reitera os termos do Termo de Confissão de Dívida, ao tempo em que desiste das defesas em relação as infrações 05, 06, 08, 09 e 10, além de acostar cópias dos DAE's relativos aos pagamentos.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 10 (dez) infrações.

O sujeito passivo reconheceu as infrações 05, 06, 08, 09 e 10, desistindo, expressamente, da defesa e pagou os débitos com os benefícios auferidos mediante Lei nº 12.903 de 05 de setembro de 2013. Portanto, não existindo lide, entendo que as mesmas restaram caracterizadas.

Assim, no caso em tela a lide persiste em relação aos itens 01, 02, 03, 04 e 07 do Auto de infração, os quais passo a analisar.

Inicialmente em relação as arguições de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Quanto aos pedidos de diligências, cabe salientar que foram determinadas 02, sendo uma pelo autuantes, e a última foi realizada pela ASTEC/CONSEF, razão pela qual entendo que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação da convicção dos julgadores em relação aos itens constante do Auto de Infração.

Em relação à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos no período de 01/08/2006 a 31/11/2006, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2006, o fisco teria até o dia 31/12/2011 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 15/12/2011 não se configurou a decadência.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme os demonstrativos Anexos I e I-A. Na infração 02 é cobrada a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições das mercadorias constante da infração 01, que foram destinadas a consumo do estabelecimento, conforme os demonstrativos Anexos I e I-A.

Na impugnação o autuado alegou, em relação as infrações 01 e 02, que no exercício das suas atividades, adquire produtos como o Peneira Molecular, Hidrogênio Cromatografia, Hipoclorito de Sódio, Freon, Óleo Silicone, etiquetas, lona, lacre, dentre outros, todos indispensáveis à consecução do seu processo produtivo; tendo, portanto, se apropriado dos créditos fiscais correspondentes, tal como autorizado pela legislação em vigor. Argumenta que as conclusões a que chegou o preposto fiscal encontram-se totalmente equivocadas, já que os bens adquiridos pelo autuado, listados nos demonstrativos anexados à autuação, tratam-se, a rigor, de produtos intermediários aplicados no seu processo produtivo; que, portanto, geram direito ao crédito do ICMS, não se sujeitando, conseqüentemente, ao pagamento do diferencial de alíquota.

A matéria foi regulamentada na alínea “b” do inciso I, do artigo 93, do RICMS/97, expressamente, prevê a utilização de crédito fiscal, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos de matérias-

primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização.

Sem sombra de dúvida os produtos intermediários, tal qual a matéria-prima, são essenciais ao processo produtivo, dele participam intrinsecamente e são consumidos a cada participação. Diferenciam-se daquelas pelo fato de não comporem o produto final – apenas seus resquícios e de modo indesejado. Por outro lado, não se confundem com os materiais de uso e consumo pela não-participação intrínseca desses no processo produtivo.

Entendo que não cabe acolhimento ao pleito da defesa, uma vez que, em meu entendimento, os itens acima citados não podem ser classificados como produtos intermediários, pela razões abaixo explicitadas, produto por produto.

HIPOCLORITO DE SÓDIO, o mesmo é utilizado pelo autuado como um biocida utilizado no sistema de água de refrigeração, portanto, deve ser enquadrado como material de uso e consumo. Os biocidas, que evitam um crescimento desordenado de microorganismos no sistema, evitando assim os depósitos orgânicos e a conseqüente corrosão bacteriana sob estes depósitos. Portanto, não participa do processo produtivo de forma direta, servem apenas para conservar os equipamentos expostos à água de refrigeração. Têm uma função similar à das tintas que também servem para proteger os equipamentos das intempéries, sendo inclusive dispensáveis nos sistemas de refrigeração abertos, onde a água é captada em rios, lagos ou mares e devolvida para os mesmos sem nenhum tratamento.

Cabe ressaltar que este entendimento foi exarado em julgamentos anteriores, , sobre o mesmo produto objeto da presente lide, os quais foram mantidas as imputações fiscais. Somente a título de exemplo, cito o ACÓRDÃO JJF Nº 0052-02/04, o qual foi mantido pela Câmara mediante da 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL de nº CJF Nº 0279-11/04. De igual forma, ACÓRDÃO JJF Nº 0129-02/05, o qual foi mantido pela Câmara mediante ACÓRDÃO CJF Nº 0262-11/05.

Fica mantido na autuação.

INIBIDORES DE CORROSÃO - são substâncias com funções muito próximas do hipoclorito de sódio do ponto de vista fiscal, tem como objetivo também aumentar o intervalo de tempo entre uma manutenção e outra, como também a vida útil do equipamento. Sua reposição é feita à medida que ocorram perdas e vazamentos, tendo em vista se tratar de um sistema fechado, não integra o produto final e, conforme destacado na primeira informação fiscal quanto a sua importância, afirma que a obtenção do produto final não depende de sua presença no sistema. Sua função principal é evitar a corrosão dos equipamentos, devido os agentes agressivos existentes na água de refrigeração que promoveria assim a necessidade de uma manutenção prematura. Logo, não gera crédito de ICMS.

Fica mantido na autuação.

HIDROGÊNIO CROMATOGRRAFIA - Trata-se de produto utilizado nos equipamentos denominados cromatógrafos, aos quais compete a realização da análise das correntes oriundas da produção. O aparelho cromatógrafo onde é utilizado o gás hidrogênio esta localizado no laboratório da empresa sem nenhuma conexão física com a linha de produção. Logo, o hidrogênio não é consumido durante o processo produtivo, nem é incorporado ao produto final, pois, a obtenção do produto final não depende da presença do mesmo, funcionam independentemente entre si. Conforme foi destacado da informação fiscal, o hidrogênio em termos comparativo se equivale no processo produtivo, fazendo uma analogia, seria o óleo lubrificante utilizado em uma máquina utilizada no ambiente fabril onde tem como função essencial manter a mesma funcionando em condições ideais, lubrificando suas peças internas e não deixando-a aquecer, entretanto, por estas razões não podem caracterizá-lo como produto intermediário e sim material de uso consumo, pois o mesmo não apresenta os pré-requisitos necessários para ser considerado de intermediário.

Fica mantido na autuação.

PENEIRA MOLECULAR – Entendo que o procedimento dos autuantes foi correto, pois o referido produto não pode ser considerada ativo fixo, devido sua reposição constante no processo produtivo, menos de um ano, não é material de embalagem, nem pode ser considerado material intermediário, apesar de ser desgastada no processo produtivo, não se incorpora ao produto final, e sua essencialidade no processo produtivo pode ser comparada a uma parte ou peça de um ativo fixo ligado a produção que é reposta devido ao desgaste e incorporado ao processo sem perder suas característica de material de uso consumo apesar de fazer parte do todo. É essa a importância da peneira molecular equivalente a de uma peça que é substituída de um ativo fixo da empresa que faz parte da linha de produção, ligado diretamente a obtenção do produto final, mas nem por isso possa ser considerado de produto intermediário e sim de material de uso e consumo sem direto ao crédito fiscal.

Fica mantido na autuação.

FREON 22 – trata-se de um produto utilizado como fluido refrigerante nas unidades de frio, reduzindo a temperatura até -20°C de modo a remover o solvente normal Hexano do segundo sistema de secagem. Em que pese a ausência do gás freon pode comprometer a segurança dos equipamentos e do próprio processo produtivo, tal situação não o caracteriza como produto intermediário, uma vez que não se desgasta constantemente durante o processo produtivo, pois se encontra em um sistema fechado sem contato com os agentes utilizados diretamente na linha de produção, sua reposição é devido a pequenos vazamento do sistema onde ele é injetado, sendo assim a reposição é feita a medida da necessidade. Também não se incorpora ao produto final.

Fica mantido na autuação.

ÓLEO SILICONE - trata-se de um produto utilizado para lubrificar a face da matriz e as facas do cortador na área de extrusão durante a partida da extrusora. Portanto, tem a mesma função do óleo lubrificante de uma máquina da linha de produção da empresa e a mesma importância pois, se o óleo lubrificante não for utilizado e a máquina danificar e parar de funciona, a produção pára imediatamente, interrompendo a obtenção do produto final.

Fica mantido na autuação.

ETIQUETAS ADESIVAS, MARCADORES ESFEROGRAFICOS, LACRES, FITAS ADESIVAS, LONAS, CORDAS – Em sua defesa o sujeito passivo alegou que tais produtos são materiais de embalagem, o que, em meu entendimento, não pode ser acolhido. Os referidos materiais são utilizados na fase posterior ao processo de embalagens de seus produtos. Eles são inseridos exatamente na etapa em que o acondicionamento do produto final já ocorreu em toda sua plenitude, agem com acessórios e desta forma dispensáveis para o acondicionamento adequado do produto. A título de exemplos, a lona e a corda são utilizados após carregar um caminhão da frota da empresa para entrega. A corda e a lona são utilizados para dá sustentação a carga durante a viagem, como é feito para realizar o transporte do produto acabado da área de produção para a área de estocagem dentro da fábrica.

Fica mantido na autuação.

Logo, a infração 01 fica mantida na autuação, bem como a infração 02 que é decorrente da infração 01.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte tratou todo o nitrogênio adquirido como insumo, sendo que uma parcela mínima de 10% teria sido utilizada como material de uso e consumo, utilizado em laboratório e na manutenção da planta (limpeza), valendo-se indevidamente do respectivo crédito. Conforme demonstrativo de débito que se encontra nos Anexos II, II-A e II-B do presente processo administrativo fiscal.

Em sua defesa o autuado entende ter direito ao crédito fiscal alegando que o nitrogênio é utilizado laboratório e na manutenção da planta, na limpeza do maquinário do parque fabril, questionando o percentual de 10% utilizados no levantamento fiscal, pretendendo reduzir para 7,47%.

Entendo que os argumentos defensivos não elidem a autuação pelas razões que passo a examinar.

No primeiro caso, o nitrogênio é utilizado no laboratório do contribuinte autuado, para análise de correntes gasosas em equipamentos denominados Cromatógrafos, servindo como gás de arraste (veículo) para diluição da amostra adicionada ao referido aparelho, o qual tem por finalidade a análise de fluidos de processo, ou seja, das correntes de eteno, hidrogênio e Buteno-1, a fim de permitir a análise eficaz do processo produtivo e consequente controle da polimerização.

Neste caso o cromatógrafo, localizado no laboratório, não tem nenhuma conexão física com a linha de produção, o nitrogênio não é consumido em consonância com o processo produtivo, nem é incorporado ao produto final, pois, a obtenção do produto final não depende da presença do mesmo, funcionando independentemente entre si.

Como bem destacaram os autuantes, o nitrogênio em termos comparativo se equivale no processo produtivo, fazendo uma analogia, seria o óleo lubrificante utilizado em uma máquina utilizada no ambiente fabril onde tem como função essencial manter a mesma funcionando em condições ideais, lubrificando suas peças internas e não deixando-a aquecer.

No segundo caso, o nitrogênio é utilizado na limpeza química do processo, pois após a manutenção dos equipamentos da planta industrial, eles devem ser purgados, limpos e secos com nitrogênio, extraindo resíduos presentes nos equipamentos e máquinas. Nesta situação, entendo não restar dúvida de que o citado produto, utilizado na limpeza dos equipamentos, caracteriza-se como material de uso e consumo.

Nestas situações não se pode considerar o nitrogênio como produto intermediário, conforme pretendido pela defesa. Em meu entendimento, trata-se de material de uso consumo, pois o mesmo não apresenta os pré-requisitos necessários para ser considerado de intermediário. Não resta dúvidas de que o nitrogênio não se desgasta com o processo, não se incorpora ao produto final e nem é imprescindível na obtenção do produto final como foi demonstrado pela exposição acima e, portanto, não pode ser equivocadamente caracterizado de material intermediário.

Em relação ao percentual de 10% utilizados nos levantamentos fiscais, entendo que defesa não apresentou comprovação satisfatória para comprovar sua pretensão de reduzir para 7,47%, pois o laudo técnico acostado pela defesa não se faz acompanhar de qualquer documentos ou sistema de controle do estabelecimento para comprovar o referido percentual apontado pela defesa, mesmo depois de ter recebido cópia da informação fiscal, na qual os autuante destacaram que 10% é o percentual mínimo para o porte do autuado.

Logo, a infração 03 é procedente.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. A presente infração se refere à parcela do ICMS devido por diferencial de alíquotas que deixou de ser recolhida em razão do desencontro entre os valores totais devidos mês a mês e os valores efetivamente lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativos que se encontram nos Anexos III-A, III-B e III-C. Os cálculos incluem uso e consumo e ativo imobilizado.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que os prepostos fazendários apuraram os somatórios das operações sujeitas ao diferencial de alíquota nos referidos meses e compararam com os valores registrados nos Livros Registros de Apuração do ICMS, exigindo do autuado as diferenças identificadas, entretanto, quando da elaboração do Anexo III-B do auto de infração, os autuantes não consideraram a correta base de cálculo do diferencial de alíquota devido nos citados meses,

porquanto não cuidaram de excluir os valores das mercadorias sujeitas a base de cálculo reduzida ou isentas existentes nas notas fiscais, o que redundou na apuração incorreta do débito.

Os autuante não acataram o argumento defensivo, aduzindo que a defesa elaborou planilhas com números aleatórios, não conseguindo descaracterizar o trabalho realizado pelos auditores fiscais que se encontra no anexo III-B do presente processo fiscal. Destacam que nenhuma prova material foi anexada ao processo fiscal pelo autuado, como documentos fiscais, por exemplo, a título do que fez os autuantes.

Entendo que o procedimento fiscal deve ser mantido, pois a defesa não apresentou os documentos fiscais para comprovar sua alegação.

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

No mesmo sentido, o art. 142, do citado regulamento, estabelece que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Logo, a infração 04 é procedente.

Na infração 07 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação de Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. Refere-se ao ICMS devido relativo a operações alegadas como sendo exportadas cuja efetivação não foi comprovada pelo contribuinte nem por dados do SISCOMEX. Conforme demonstrativos que se encontram nos Anexos VI e VI-A do presente processo.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece que enfrentou grande dificuldade em localizar em seus arquivos os documentos hábeis a comprovar a efetiva exportação das mercadorias relacionadas a algumas das notas fiscais autuadas e correlacioná-los no curso da fiscalização, o que faria posteriormente. Contudo, ao analisar as notas fiscais objeto da autuação, o autuado percebeu que, quanto à grande maioria das notas fiscais listadas no Anexo VI, é descabida a exigência da fiscalização, por não se referirem tais notas a uma operação que desse ensejo à efetiva saída dos bens do País, diante do que não se pode exigir a comprovação da exportação mediante vinculação do seu número do Registro de Exportação. Aduz que a fim de facilitar a análise da impugnação dividiu item nos tópicos: Das Notas Fiscais de Complementação de Preço e Das Notas Fiscais de Venda de Mercadorias situadas em Armazéns Gerais situados fora do Brasil;

Entendo que a alegação defensiva não é capaz de elidir a autuação, uma vez que, como bem destacaram os autuante, ainda na primeira informação fiscal, os documentos que comprovam a efetiva operação de exportação é o Registro de Exportação Averbado (RE's) e Despacho de Declaração de Exportação (DDE's).

Nos citados documentos constam todas as informações necessárias sobre real saída para o exterior das mercadorias descritas nos documentos fiscais emitidas pelo contribuinte, uma vez que neles estão vinculados uns aos outros e se complementam em informações dando assim as informações como: Invoíce, número de nota fiscal, data de embarque do produto, descrição do produto, quantidade, país a que se destina o produto, adquirente do produto e outras mais, documentos estes emitidos e cancelados pela Recita Federal.

Por essas razões tais documentos são essências para comprovar a exportação dos produtos descritos nos documentos listados pelos autuantes nos seus demonstrativos anexo VI do presente processo fiscal, entretanto a defesa não apresentou as referidas, tendo alegado dificuldades de comprovar o quanto alegado na defesa, o que não é capaz de comprovar os fatos alegado em na impugnação.

Igualmente entendo que o argumento da defesa em relação às notas fiscais de complemento de preço e simples faturamento (7105), não é capaz de elidir a autuação, pois a defesa não apresentou os RE's e DDE's que comprovam a efetiva exportação das mercadorias descritas nas notas fiscais que às vinculam, pois se existe uma nota fiscal de complemento de preço deve haver uma nota fiscal correspondente com a descrição dos produtos que acobertou os mesmo quando do embarque para exterior. O mesmo procedimento deve ser observado para o caso de simples faturamento, pois quando foi emitida a nota fiscal o produto supostamente já deveria esta no armazém geral ou no exterior. Saliento que em relação as demais operações (7101 e 7949), que é a maior quantidade movimentada nada foi apresentado pelo autuante.

Entendo não ser demais registrar que o autuado se manifestou diversas vezes nos autos, inclusive após os autuantes apresentarem o mesmo entendimento acima, entretanto, ao se manifestar sobre a informação fiscal, o autuado silenciou sobre a apresentação de tais documentos. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Logo, entendo que a infração 07 restou caracterizada.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269132.0006/11-8**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.932.844,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", "f", VII, "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$2.416.600,34**, previstas no art. 42, IX e XI da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05 devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR