

A. I. N ° - 207098.0005/12-6
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19.02.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0030-04/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou os pagamentos das mesmas com recursos decorrentes de saídas também não escrituradas. Infração 01 parcialmente elidida na revisão fiscal. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. b) SERVIÇOS DE TRANSPORTE COM ICMS PAGO POR SUBSTITUIÇÃO. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Ilícitos expressamente reconhecidos pelo autuado. Infrações 02, 03 e 04 mantidas. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 21/06/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$ 5.456.888,24, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saída não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos das mesmas com recursos provenientes de saídas anteriormente realizadas e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (anexos 01 e 02). R\$ 5.296.337,20 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito, referente às entradas sujeitas ao regime de substituição (anexo 03). R\$ 10.525,94 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 03 – Utilização indevida de crédito, relativa às entradas sujeitas ao regime de substituição (anexo 04). Está dito que o ilícito é concernente ao uso de crédito em decorrência da tomada de serviços de transporte cujo tributo foi recolhido por substituição. R\$ 148.006,11 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 04 – Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento (anexos 05 e 05A). R\$ 2.018,99 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 245 a 273, através de advogados regularmente constituídos, conforme substabelecimento de fl. 277.

Inicia descrevendo as imputações e sublinhando que efetuou o pagamento relativo às de números 02, 03 e 04.

Em seguida, argumenta que a infração 01 não procede, pois o fisco teria incorrido em erros que resultaram em distorção nos resultados. A saber: (i) em relação a 2007, deixou de considerar as entradas e saídas atinentes a agosto e setembro; e (ii) com respeito a 2008, pautou-se exclusivamente nos arquivos SINTEGRA, sem realizar investigação rigorosa.

Quanto ao primeiro erro acima mencionado, informa que o estabelecimento autuado era denominado TEGAL – Terminal de Gases Ltda. – e tinha por objetivo a prestação de serviços de armazenagem e movimentação de gases liquefeitos. Em 20/07/2007, mediante alteração contratual, foi incorporado pela BRASKEM S/A, com sucessão dos bens, direitos e obrigações. Por sua vez, em 31/07/2007 a assembleia geral extraordinária da BRASKEM aprovou o referido negócio jurídico, pelo que passou a fazer parte da mesma a partir de 01/08/2008 (arquivamento na JUCEB em 03/08/2007), inclusive para fins de movimento de estoque.

Ressalta que desde 01/08/2007 fez constar das notas fiscais a expressão “*Braskem S/A sucessora por incorporação da TEGAL S/A a partir de 01.08.2007*”.

Desse modo, o estoque final dos produtos auditados (monômero cloreto de vinila, propeno grau polímero, butadieno e buteno), consignados no livro Registro de Inventário em dezembro de 2007, teria levado em consideração o período de agosto a dezembro do citado ano, quando a unidade já pertencia à BRASKEM.

Questiona o preço médio de R\$2,66 do propeno grau polímero, em razão da indigitada desconsideração das entradas e saídas de agosto e setembro.

A seu ver, a fiscalização computou as entradas e saídas de 2007 a partir de outubro, olvidando assim os meses de agosto e setembro. Isso ocorreu com os quatro produtos auditados, de acordo com as planilhas apresentadas às fls. 252 a 257.

Volta a argumentar que a fiscalização de entradas e saídas de 2007 e 2008 foi pautada tão somente nos arquivos SINTEGRA, o que demonstraria a fragilidade dos trabalhos do fisco.

No que concerne à movimentação de butadieno em 2008, sustenta que a diferença encontrada se deve à nota fiscal 4.596, emitida no dia 05/12/2007 para dar saída a 2.507.814,00 quilos do produto. Ocorre que, “*em 02.01.2007*” [2008] (fl. 262), foi emitida a nota 4.638 para complementação de preço, sem quantidade, mas equivocadamente informada no SINTEGRA com quantidade, o que ocasionou duplicidade nas saídas.

No tocante ao propeno grau polímero em 2008, aduz que diversas notas de devolução (24, 26, 27, 28, 08 e 10) e de complemento de preço (4.750 e 4.731) não foram devidamente consideradas, gerando distorções no levantamento.

Quanto ao buteno nesse mesmo exercício, apresenta planilha à fl. 269 para contestar os números trazidos pelo autuante.

Por fim, no que se refere ao monômero cloreto de vinila, alega que a auditoria não considerou o ajuste de perda na movimentação de novembro de 2008, na quantidade de 27.608,00 [sem unidade], supostamente comprovada no Inventário (documento 10 em CD). Em relação às entradas desse item, diz, com base no demonstrativo de fl. 270, que as que foram apuradas pelo fisco não são reais.

Requer a juntada de fichas de movimentação de estoque por produto e livros Registro de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS.

Requer diligência por fiscal estranho ao feito, elencando quesitos, solicita a produção de provas através de todos os meios admitidos e encerra pedindo a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, de fls. 957 a 980, o autuante salienta que todas as informações em meio magnético foram confrontadas com as escrituradas pelo contribuinte em seus livros. Ou seja, a fiscalização está respaldada em documentos legais, devidamente analisados no período de sua execução.

Relativamente ao argumento de que a auditoria teria deixado de considerar as entradas e saídas de agosto e setembro de 2007, entende ser descabido, uma vez que a escrita fiscal indica que o início das atividades ocorreu em 01/10/2007 (item 2.1, fl. 960). A primeira DMA transmitida para a SEFAZ foi da competência de 09/2007, sem movimento (fls. 62/63), que somente passou a existir a partir do mês seguinte. Os dados cadastrais do sujeito passivo, de fls. 981/982, informam como data da sua inclusão entre os contribuintes deste Estado o dia 24/09/2007.

“Em seus livros fiscais, notadamente em seu Registro de Entradas, não existe nenhum lançamento fiscal documentando a entrada de mercadorias por transferência ou por sucessão, o qual, se fosse o caso, ocorreria com a emissão da Nota Fiscal correspondente”.

Volta a combater a alegação de que os trabalhos foram pautados apenas nos arquivos SINTEGRA, informando que ele mesmo, o auditor, desenvolveu ação fiscal denominada “*monitoramento de arquivos magnéticos*” junto ao impugnante, através de ordens de serviços da IFEP Comércio, as quais somente eram dadas por encerradas após o cotejo entre os arquivos e a escrita, o que pode ser constatado nos e-mails de fls. 14 a 32.

Adiante, aduz que o autuado erra ao afirmar que foi auditado o estabelecimento TEGAL. Ao pesquisar no sistema INC, constatou que tal sociedade existiu sob a inscrição estadual 071.896.418, incorporada no dia 01/08/2008 (data do pedido de baixa). Observa que o referido contribuinte está com o status “*suspense*”, por indeferimento do citado pedido com a lavratura do Auto de Infração 232875.0203/10-2.

A unidade BRASKEM autuada sequer existia na data de 01/08/2008, pelo que entende que provavelmente a incorporadora foi a matriz.

Igualmente, não haveria que se falar em sucessão de mercadorias, pois a TEGAL S/A não as detinha, visto que era mera armazenadora de produtos de terceiros (armazém geral). Observa que a Ordem de Serviço da qual resultou a autuação contém como período a fiscalizar aquele compreendido entre 24/09/2007 e 31/12/2008, e que no caso de sucessão por incorporação a legislação tributária exige a formalização documental, com a emissão de nota fiscal para registrar a circulação a qualquer título.

Repisa o que já havia dito no que se refere às entradas e saídas de 2007, e afirma que fichas de movimentação de estoque são documentos de mero valor interno, que não podem substituir livros fiscais.

Passa a rebater as argumentações de defesa por produto e exercício social.

Com relação aos itens butadieno, propeno grau polímero, monômero cloreto de vinila e buteno em 2007, assinala que o estoque final considerado em seu levantamento foi exatamente aquele escriturado no Registro de Inventário e informado no registro 74 dos arquivos magnéticos, com o que o defendente concorda.

Discorda da alegação de que o precitado livro reflete as entradas e saídas do período de agosto a dezembro de 2007, pois a redação do art. 330, RICMS/1997, em vigor à época, dispunha que “*o livro Registro de Inventário destina-se a arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias primas, os produtos*

intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento (Convênio SINIEF de 15/12/1970) na data do balanço”.

O alegado erro do preço médio do propeno grau polímero em 2007 não seria verdadeiro, pelas mesmas razões acima expostas.

No que se refere a 2008, repete as suas razões, anteriormente expendidas, concernentes aos arquivos magnéticos e aos livros fiscais e, quanto ao complemento de preço da nota 4.638 (butadieno), concorda que tenha havido equívoco do autuado na escrituração do Registro de Entradas e na informação do registro 54 do SINTEGRA.

Acata essa argumentação de defesa e elabora novo levantamento, às fls. 985 a 987.

Segundo alega, *“houve retorno apenas quanto a unidade de medida utilizada, questão equacionada com a conversão para a mesma unidade inventariada”.*

Com relação ao propeno grau polímero e às suas citadas notas de devolução (24, 26, 27, 28, 08 e 10), cujos itens e quantidades estão designados à fl. 975, pontua que as mesmas constam das informações em meio magnético, conforme quadro de fl. 976.

Acolhe a impugnação atinente à nota de complemento de preço número 4.750. Todavia, por não ter sido apresentada nos autos em original, não aceita a de número 4.731, em razão de que corrige o levantamento apenas quanto àquela (fls. 985 a 987).

Repete o que já havia argumentado relativamente a outros produtos para contra arrazoar a impugnação da auditoria de estoque do buteno em 2008 e, no que tange ao monômero cloreto de vinila, reconhece ser correta a afirmação de que nesse exercício havia dois códigos e que, por indicação do autuado, foram agrupados em apenas um.

Quanto à perda de 27.608,00 [sem unidade], alega ser inexistente, pois *“uma vez que no livro Registro de Inventário número de ordem: 2, conforme cópia do Termo de Abertura anexado às fls. 87, consta a existência de 1.311.940,00 KG desta mercadoria como estoque final, quantidade esta considerada na elaboração do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria. Portanto, qualquer outra informação de quantidade constante em inventário levantado em novembro ou à parte, por qualquer meio, não pode e não deve ser considerado pela fiscalização, muito menos sob o argumento de “ajuste de perda do mês de novembro””.*

Discorda do pedido de diligência e requer a procedência parcial do lançamento de ofício.

Devidamente intimado (fl. 988), o impugnante se limitou a juntar procedimento administrativo de uso de crédito às fls. 991 a 995.

Às fls. 1.000/1.001 foram colacionados comprovantes de pagamento parcial.

Conforme pedido de fl. 1010, na assentada de julgamento de 14/02/2012 os representantes legais do sujeito passivo informaram falta de conhecimento da informação fiscal de fls. 957-980. Embora havendo ciência formal à fl. 1.003, tendo em vista que esta se deu em 07/02/2013, quando o PAF já estava pautado para julgamento, este foi convertido em diligência para que o contribuinte fosse intimado da informação fiscal.

Às fls. 1013-1023 o contribuinte se manifesta dizendo que a lide remanesce apenas quanto à infração 01. Informando estar procedendo a juntada de todas as notas fiscais, repisa o argumento relativo à incorporação da TEGAL – Terminal de Gases Ltda pela autuada para o exercício 2007, em especial, dizendo que no período controvertido (agosto e setembro 2007) pautou toda a sua apuração (Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS), inclusive a movimentação de estoque, utilizando a IE da TEGAL.

Discorda do autuante quanto à sua afirmação (dele, Impugnante) que o estabelecimento autuado era denominado TEGAL, pois se no cadastro essa empresa consta baixada por incorporação desde

01.08.2007, isto não desnatura a veracidade dos fatos que alega diante dos documentos que juntou.

Como fundamento de direito que entende aplicável, diz que nos termos da Lei 6.404/76 e Código Civil, é o registro dos atos constitutivos que faz surgir o fato jurídico da constituição, com efeitos retroativos à data da assinatura dos referidos atos e não o deferimento da inscrição estadual ou a atualização do cadastro perante a Bahia, pelo que entende que a autuada existe juridicamente desde agosto de 2007 e que, desde esta data, a TEGAL lhe pertence. Portanto, o estabelecimento fiscalizado é o da antiga TEGAL.

Pergunta se na hipótese de as NF's emitidas pela TEGAL não tivessem registro a débito de ICMS e fossem fiscalizadas se deixaria de exigir o ICMS porque a empresa está baixada e a Braskem só obteve inscrição em outubro.

Pugnando por uma simples verificação que refaça a fiscalização do estoque levando em consideração os documentos fiscais e informações apresentado questiona: "não pode o Estado de a Bahia levar em consideração a verdade material dos fatos para exigência do ICMS, mesmo diante de eventual descumprimento das obrigações acessórias?"

Aduz que não se pode ignorar os fatos e elementos trazidos, apegando-se a detalhes e miudezas sobre seu cadastro, devendo determinar que o autuante considere as NF's acostadas e relativas a setembro e outubro 2007 ou diligência fiscal por estranho ao feito para tanto.

Para 2008 diz que as divergências identificadas pela fiscalização decorrem do igual método utilizado. Destaca que inicialmente o autuante considerou as NF's de ajuste de preço (NF 46380 de BUTADIENO e 4750 de PROPENO GRAU POLÍMERO) e reduziu o valor lançado e o não acatamento da NF 4731 se deveu pela não entrega do original, mas que isso não pode ensejar a desconsideração do documento isso também se aplicando aos outros documentos e informações, notadamente sobre a movimentação de estoque. Aduz que a existência de indícios da inexistência de omissões, ainda que se tratam de documentos não previstos na legislação como "oficiais", não desnatura sua relevância, devendo, também, ser determinada a realização de diligência para tanto.

Com relação à movimentação do PROPENO GRAU POLÍMERO indica que as NF's de devolução 14, 26, 27, 28, 08 e 10 não foram consideradas.

Concluindo, formula quesitos e ratificando os termos da impugnação insiste no pedido de diligência.

Às fls. 1105-1110 o autuante informa que o Impugnante insiste na tese de que apenas cometeu irregularidade de caráter acessório quando da incorporação da TEGAL e a consequente utilização de sua inscrição estadual para suportar a movimentação comercial da incorporadora nos meses que antecederam o deferimento na nova inscrição estadual, mas o AI foi lavrado contra a Braskem que obteve autorização para comércio em 24.09.2007, conforme extrato do seu cadastro na SEFAZ (fl. 981).

Diz que a manifestação apresentada se constitui em confissão de culpa pelas seguintes razões:

- a) Admite utilização de IE de estabelecimento baixado por incorporação. Portanto, todas as operações realizadas em agosto e setembro 2007, mesmo utilizando IE de empresa baixada do cadastro estadual de contribuintes;
- b) Equivocadamente defende a tese que para operar comercialmente basta estar com os atos constitutivos arquivados na Junta Comercial e tendo obtido o CNPJ, restando claro que, para ele, a inscrição estadual ou municipal é mera formalidade;
- c) Pela afirmação contida no item 30 da manifestação (fl. 1019) admite o acerto da autuação.

Contudo, resalta:

1. Que o âmago da infração 01 é a constatação de omissão de entradas de mercadorias apurada por levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, considerando o início da atividade em 24/09/2007, conforme dados cadastrais, seus livros fiscais, os documentos fiscais apresentados à fiscalização e escriturados, os arquivos magnéticos do SINTEGRA normalmente enviados à SEFAZ pela autuada e as DMA's;
2. Não há hipótese de se levar em consideração na auditoria os documentos fiscais de outra empresa, em período anterior à inscrição estadual do estabelecimento fiscalizado, sob pena de incorrer em nulidade do trabalho realizado. Aduz que cabe ao preposto fiscal responsável pela fiscalização para baixa da inscrição da TEGAL, auditar os meses de agosto e setembro 2007. Informa que não há lançamento no Registro de Entradas acerca de transferência de mercadoria da incorporada (TEGAL) para a incorporadora (BRASKEM), o que evidencia que a movimentação comercial da autuada, utilizando-se da inscrição estadual da TEGAL no período anterior ao efetivo início de atividades da nova filial atacadista da BRASKEM (estabelecimento autuado), não influenciou a movimentação de estoques da filial autuada;
3. A prevalecer o entendimento do Impugnante melhor seria revogar os artigos 153 e 154 do RICMS-BA, vigente à época dos fatos que trata da inscrição estadual, inclusive das situações de não concessão de inscrição estadual, até a regularização de situação contrária à norma estabelecida;
4. Não há falar em prejuízo econômico ou lucros cessantes para a autuada pelo atraso na concessão da inscrição estadual, pois a TEGAL tinha a armazenagem geral como atividade econômica, não exercendo atividade comercial. Assim, não possuía estoque de mercadoria própria. A autuada incorporou bens patrimoniais (ativo imobilizado) e, quando muito, material de expediente;
5. Reafirma que a autuada não foi penalizada porque utilizou inscrição estadual e documentação de outra de empresa baixada do cadastro estadual, ou porque não comunicou ao Fisco tal situação, mas sim em decorrência da constatação de omissão de entrada de mercadoria apurada por levantamento quantitativo que deu causa a presunção apontada na infração 01.

Diz que em relação a 2008 a autuada traz o mesmo argumento dado para 2007 e que não apresentou fato ou documento novo suficiente à uma revisão por ocasião da informação fiscal, razão pela qual reafirma que os trabalhos foram feitos em consonância com a legislação tributária, em especial, com a Portaria 445/98.

Na assentada de julgamento de 19/06/2012, os representantes legais do sujeito passivo apresentando memoriais reiteram a necessidade de diligência fiscal para esclarecimento de controvérsias ainda existentes no PAF, tais como:

- a) Necessidade de se considerar no levantamento quantitativo de estoque da infração 01, a movimentação das mercadorias objeto da autuação ocorrida em agosto e setembro 2007 na empresa TEGAL S.A., tendo em vista a incorporação dessa empresa pela BRASKEM, conforme ATA DA ASSEMBLÉIA GERAL DE 32/07/2007 (fls. 297-298);
- b) Apreciação pelo autuante sobre sua manifestação de fls. 1119-1141 em que acosta documentos, inclusive cópia da NF 4.634 indutora do reajuste de preço pela NF 4.731, pois, como se vê na cópia impressa de demonstrativo do levantamento quantitativo, as notas fiscais de reajustes embora contendo quantidade "zero" foram computadas com quantidade que contamina o resultado da auditoria;
- c) Que sendo a empresa TEGAL um terminal de carga de produtos da BRASKEM incorporado em 31/07/2007 usou documentação da empresa incorporada nos meses agosto e setembro

2007, pois não poderia sofrer solução de continuidade uma vez que só obteve IE em 24/09/2007.

Submetendo o pedido de diligência à votação, essa 4ª JF decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de origem para:

Autuante

- a) Conhecer os novos documentos protocolados pelo Impugnante (fls. 1119-1141) e os aportados nesta assentada de julgamento;
- b) Ajustar o levantamento quantitativo com relação às NF's de ajustes de preço que embora não contemple quantidade em seu corpo acha-se com quantidade no levantamento fiscal;

Ajustado o levantamento quantitativo conforme acima que deverá vir aos autos:

- c) Intimar o autuada a apresentar o Anexo A citado no item 2.2. do Anexo I (PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DA TEGAL – TERMINAL DE GASES LTDA. PELA BRASKEM – fls. 292-295) que descreve os bens, direitos e obrigações incorporados;
- d) Considerando apenas notas fiscais emitidas dentro de cada exercício fiscalizado, tendo em vista o disposto no § 1º do art. 321, do RICMS-BA e partindo do estoque das mercadorias objeto do levantamento quantitativo aposto no Anexo A do PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DA TEGAL – item 2.2, elaborar outro levantamento quantitativo de estoque para o período 01/08 a 31/12/2007, incluído as notas fiscais da TEGAL emitidas pela BRASKEM com observação relativa à incorporação daquela por esta.

Cumprida a diligência, produzir informação fiscal.

Do resultado da diligência o contribuinte deverá ser cientificado com entrega de cópia dos papéis de trabalho elaborados para, querendo, se pronunciar no prazo regulamentar.

Observando que sempre que houver alteração ou aporte de novos elementos as partes deverão ser cientificadas, caso o autuado se manifeste sobre o resultado da diligência, o autuante deverá ter ciência.

Às fls. 1.162-1.164 o autuante informa sobre a diligência dizendo:

Exercício 2007

Efetou o ajuste no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias com a inclusão das notas fiscais que o autuado emitiu nos meses de agosto e setembro levando em consideração o Anexo A citado no item 2.2 do Anexo I (PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DA TEGAL) anexado às fls. 1.179-1.262, onde observou que não houve transferência de mercadorias destinadas a comercialização quando da incorporação da TEGAL pela BRASKEM. Assim, considerou estoque inicial igual a zero.

Como resultado, produziu os novos demonstrativos relativos ao Levantamento Quantitativo de Estoque de 2007, conforme planilhas Anexos 07 a 08C, autadas às fls. 1.264-1.293.

Exercício 2008

Efetou ajuste no levantamento quantitativo com exclusão das NF's 4.750, 4.731 e 5.301, emitidas a título de complementação de preços e que foram equivocadamente informadas no Registro 54 SINTEGRA contendo quantidades, ocorrendo duplicação de unidades físicas.

Com relação às NF's 357392, 357431, 357567 e 35766, de recebimento da mercadoria BUTENO emitidas pelo remetente em setembro 2007 e registradas em 2008, informa que com a exclusão da NF 5301 este produto não apresentou omissão de entrada, não influenciando, desta forma, no resultado final do levantamento de estoque.

Como resultado, produziu os novos demonstrativos relativos ao Levantamento Quantitativo de Estoque de 2008, conforme planilhas Anexos 09 a 10C, autadas às fls. 1.293-1.315.

Assim, após atendimento integral da diligência elaborou demonstrativo de débito da infração impugnada (Anexo 11, fl. 1.317).

Intimado do resultado da diligência, o autuado se manifesta às fls. 1.325-1.327. Relata as reduções realizadas e pede a revisão do lançamento para os valores ajustados na diligência, quais sejam: 2007 - R\$82.687,74; 2008 – R\$610.502,57.

Concluindo, sem apontar inconsistência nos dados revisados do levantamento fiscal, pede seja julgada improcedente a autuação.

Às fls. 1.340-1.341 o autuante informa sobre a manifestação do contribuinte. Dizendo que o Impugnante concordou com os valores revisados, sugere que o PAF seja remetido para julgamento.

VOTO

Relativamente à validade do procedimento administrativo, constato que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos tributários, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como apontou o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Entendendo necessárias, os pedidos de diligência suscitados, inclusive os das assentadas de julgamento de 14/02/2012 e 19/06/2013 foram deferidos e as diligências realizadas.

As infrações 02, 03 e 04 foram expressamente reconhecidas pelo sujeito passivo. Assim, com fundamento no art. 140, RPAF/1999, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

No mérito, a infração 01 versa sobre falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saída não declaradas, em virtude da presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos das mesmas com recursos provenientes de saídas anteriormente realizadas e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (anexos 01 e 02).

A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou os pagamentos das mesmas com recursos decorrentes de saídas também não escrituradas.

Vê-se nos autos (Ordem de Serviço, termo de intimação e cópia de correspondências – fls. 11-32) que a fiscalização foi pautada nos arquivos SINTEGRA, livros e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte. Ou seja, a fiscalização teve respaldo em documentos legais, pertinentemente auditados no período de sua execução. Portanto, sem sentido é a linha de defesa de que os trabalhos foram pautados apenas nos arquivos SINTEGRA, até porque a ação fiscal denominada “*monitoramento de arquivos magnéticos*” através de ordens de serviços da IFEP somente se encerram após o cotejo entre os arquivos e a escrita fiscal, o que pode ser constatado nos e-mails de fls. 14 a 32.

Não houve equívoco no cálculo dos preços médios, seja em 2007, seja em 2008, seja do próprio grau polímero, seja dos outros três itens objeto do levantamento, posto que levado a efeito em conformidade com a legislação de regência, tomando por base o último mês do exercício fiscalizado.

Com respeito ao complemento de preço da nota 4.638 (fl. 476, butadieno, 2008), já na informação fiscal de fls. 957-980 o autuante laborou em acerto ao concordar que houve equívoco na escrituração do Registro de Entradas e na informação do registro 54 do SINTEGRA, efetuando, assim, as devidas correções.

As planilhas trazidas às fls. 268 (buteno, 2008) e 270 (monômero cloreto de vinila, 2008), assim como outras de igual teor eventualmente colacionadas na instrução processual, são apenas demonstrativos sintéticos desacompanhados dos documentos e livros fiscais que lhe deram origem e suporte. Assemelham-se às tais fichas de movimentação de estoque cuja juntada o impugnante pleiteia, mas que de nada adiantaria, pois não estão revestidas de força probante para efeito fiscal.

A sociedade empresária, em sua defesa, suscitou a ocorrência de perdas de monômero cloreto de vinila em novembro de 2008. Insta destacar que o art. 100, V, RICMS/1997 determina que o contribuinte estorne ou anule o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso, perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio, inclusive no caso de tais ocorrências com os produtos resultantes da industrialização, produção, extração ou geração, o que também não restou comprovado nos autos.

Em tais casos, deve ser emitida uma nota fiscal de saída (com as perdas apuradas), para o fim de regularizar o estoque do estabelecimento.

Ainda no que se refere ao produto em comento (monômero cloreto de vinila, 2008), mais uma vez o autuante acertou e corrigiu o erro referente aos dois códigos que foram agrupados em apenas um nos levantamentos iniciais.

Não há irregularidades atinentes a retornos. As unidades de medida, quando preciso, foram equacionadas com a conversão para aquelas constantes do Registro de Inventário.

Com relação ao propeno grau polímero e às notas de devolução (de números 24, 26, 27, 28, 08 e 10), cujos itens e quantidades estão designados à fl. 975, o autuante comprovou que as mesmas constam das informações fornecidas pelo contribuinte em meio magnético, conforme quadro de fl. 976.

Acertadamente, também na informação fiscal o auditor acolheu a impugnação relativa à nota de complemento de preço número 4.750 (fl. 490), emitida em virtude de erro na NF 4.550 (fl. 491), conforme escrito no campo dos dados adicionais daquela. De maneira igualmente correta na oportunidade da informação fiscal, não aceitou a de número 4.731, mas isso em função não ter sido apresentada a sua correspondente nos autos (número 004634-1), em razão de que corrigiu o levantamento apenas quanto àquela (fls. 985 a 987).

Assim como a de número 4.750 (fl. 490), a nota 4.731 foi colacionada nos autos à fl. 492 em cópia reprográfica. Seria descabido o não acolhimento desta última apenas por não ter sido juntada em original, como disse o autuante na sua informação (fl. 977). Tal documento tem o número 0 (zero) no campo “QUANTIDADE”. De acordo com o art. 365, incisos IV e VI do CPC, que se aplica subsidiariamente ao PAF, o advogado garantiu, sob sua responsabilidade pessoal, a autenticidade dos documentos juntados no processo como cópias dos originais.

Em verdade, o justo motivo do indeferimento do pleito referente à nota de complemento de preço número 4.731 por ocasião da informação fiscal se encontrava no fato de a sua correspondente não ter sido trazida ao processo, contrariamente ao que foi feito quanto à 4.750 (campo dos dados adicionais de fl. 490), emitida em virtude de erro na NF 4.550 (fl. 491).

Entretanto, sendo objeto de pedido de diligência fiscal posterior (fl. 1158, item “b”) o levantamento quantitativo foi ajustado excluindo as NF’s 4750, 4731 e 5301, emitidas a título de

complementação de preços e que foram equivocadamente informadas no Registro 54 do Sintegra com quantidades, o que implicava em duplicidade de unidades físicas. Neste particular, com relação ao BUTENO, em face da exclusão da NF 5301, este produto não apresentou omissão de entrada, não influenciando o resultado do levantamento quantitativo de estoque.

Quanto aos meses de agosto e setembro de 2007, o art. 321, RICMS/1997 dispõe que nos casos de aquisição de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão, bem como de transmissão a herdeiro ou legatário, o novo titular do estabelecimento deverá providenciar junto à repartição fiscal competente, no prazo de 30 dias da data da ocorrência, que no caso foi 01/08/2007, a transferência, para o seu nome, dos livros fiscais em uso, assumindo a responsabilidade pela sua guarda, conservação e exibição ao fisco, o que o impugnante não fez.

O Impugnante, na condição de incorporador da empresa TEGAL S.A., ainda que não tenha adotado as medidas que a legislação estabelece para dar segurança e legitimidade aos fatos em tela, argumentou que o Fisco considerasse entradas e saídas de período não compreendido na mencionada transferência (inexistente) e não contemplado nos seus livros e informações econômico fiscais, documentos esses que registram que o início das atividades empresariais do autuado ocorreu em outubro do indigitado ano.

Cabe a transcrição das normas dos arts. 148 e 202, § 6º do RICMS-BA.

Art. 148. Aplica-se aos livros e documentos o disposto no art. 321, nos casos de aquisição de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão, bem como nos casos de transmissão a herdeiro ou legatário.

Art. 202. ...

§ 6º Aplica-se, também, aos documentos fiscais o disposto no art. 321, nos casos de aquisição de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão, ou de transmissão a herdeiro ou legatário.

A TEGAL, empresa incorporada pela BRASKEM (CNPJ 42.150.391/0001-70), como afirma o Impugnante à fls. 250 dos autos tinha por objetivo social a prestação de serviços de armazenagem e movimentação de gases liquefeitos.

É verdade que o § 1º do art. 321 possibilita a utilização dos documentos fiscais remanescentes, mediante a aposição de carimbo com o novo nome comercial (firma, razão social ou denominação) ou o novo endereço, conforme o caso.

Entretanto, verifico à fl. 297 que o estabelecimento incorporador possui o CNPJ 42.150.391/0001-70, enquanto o do autuado é 42.150.391/0034-39.

A despeito disso, o PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DA TEGAL – TERMINAL DE GASES LTDA, PELA BRASKEM - Anexo I juntado aos autos pelo Impugnante (fls. 292-295) no item 1. BASES DA INCORPORAÇÃO, reza que esta se dará passando o patrimônio líquido da incorporada, avaliando o valor contábil, para o patrimônio da incorporadora (1.1); a avaliação do patrimônio líquido incorporado, foi realizada a valor contábil pela empresa especializada indicada no item 2.1 (1.2); os bens, direitos e obrigações incorporados são os detalhadamente descritos no laudo de avaliação (1.4); a avaliação será pelo valor contábil constante do Balanço Patrimonial e o Laudo de Avaliação Contábil constitui o Anexo A do protocolo da incorporação (2.2).

Como se vê no pedido de diligência deferido pelos julgadores na assentada de julgamento de 19/06/2013 e acima relatado, no item “d” frisou-se que para o ajuste solicitado haveria que considerar os itens incorporados de fato (Anexo A do protocolo da incorporação – Item 2.2).

Na informação fiscal sobre a diligência pedida às fls. 1158-1159 (item “A” – EXERCÍCIO 2007) o Auditor autor do feito expressa: “Efetuamos o ajuste no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias com a inclusão das notas fiscais que o autuado emitiu nos meses de agosto e

setembro de 2007 e levando em consideração o Anexo A citado no item 2.2 do Anexo I (PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DA TEGAL), anexado às fls. 1179 a 1262, onde observamos que não houve transferência de mercadorias destinadas a comercialização quando da incorporação da TEGAL pela BRASKEM. Assim, consideramos estoque inicial igual a zero.”

Como resultado o autuante produziu os novos demonstrativos Anexos 07 a 08, autuados às fls. 1264-1293 apurando ICMS devido de R\$82.687,74.

Do mesmo modo, para o exercício 2008, considerando o pedido, nos trabalhos diligenciais ajustou o valor do ICMS exigido para R\$610.502,57, conforme indica na informação fiscal de fls. 1162-1164.

Assim, considerando que: a) quando de direito, todas as petições do contribuinte foram atendidas; b) cientificado do resultado da última diligência o contribuinte não mais aponta eventuais inconsistências; c) a auditoria realizou-se com estrita obediência do ordenamento legal da espécie e de modo que não há reparo a fazer no procedimento fiscal, acolho o resultado da diligência pedida às fls. 1158-1159, exposto na informação fiscal de fls. 1340-1341 para declarar a subsistência parcial da exigência fiscal decorrente da infração 01, sendo R\$82.687,74 para 2007 e R\$610.502,57 para 2008.

Infração 01 parcialmente elidida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$853.741,35, com a homologação dos valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207098.0005/12-6**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 853.741,35**, acrescido das multas de 60% sobre R\$160.551,04, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a” da Lei 7.014/96; e de 70% sobre R\$693.190,31, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2014.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR