

**PROCESSO** - A. I. N° 207098.0005/12-6  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A.  
**RECORRIDOS** - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4<sup>a</sup> JJF n° 0030-04/14  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 09/12/2015

**1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0333-11/15**

**EMENTA: ICMS.** 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 nas revisões fiscais realizadas em fase instrutória e em sede de Recurso, com a comprovação de que quantidades constantes em nota fiscal emitida para mera complementação de preço teve a quantidade indicada de mercadorias indevidamente reincluída na contagem das mercadorias efetivamente em circulação no exercício. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em relação ao julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/06/2012 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$5.456.888,24, acrescido das multas de 60% e de 70%, em razão de quatro irregularidades, sendo apenas a Infração 1 o objeto da impugnação originária e de ambos os apelos recursais.

**INFRAÇÃO 1** – 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 nos exercícios fechados de 2007 e de 2008. ICMS no valor histórico de R\$5.296.337,20, acrescido da multa de 70%.

O Fisco acostou documentos às fls. 05 a 243.

O autuado ingressou com impugnação à imputação 1 do lançamento de ofício às fls. 245 a 273, colacionando documentos às fls. 274 a 953 (volumes I a IV).

O autuante prestou informação fiscal às fls. 957 a 980 acolhendo parte das alegações impugnatórias e reduzindo o débito do valor histórico de ICMS da Infração 1, lançado no Auto de Infração para o exercício de 2008, de R\$1.465.900,67 para R\$912.774,36, em novo demonstrativo de Auditoria de Estoque que anexa às fls. 985 e 986, e novo demonstrativo de débito à fl. 987 (volume IV).

Intimado (fls. 988 e 999), o contribuinte acostou documento relativos a uso de Certificado de Crédito para pagamento de parte do débito lançado no Auto de Infração (fls. 991 a 998).

Às fls. 1000 e 1001 foram colacionados comprovantes de pagamento parcial do débito lançado no Auto de Infração. O contribuinte juntou Memorial às fls. 1004 a 1007.

Conforme relata a JJF na solicitação de diligência à 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 a 980. Consta nesta solicitação que embora havendo ciência formal à fl. 1003, 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.

A diligência foi cumprida pela INFRAZ de origem, conforme documento de fl. 1012.

Às fls. 1013 a 1023 o contribuinte manifestou-se contra o resultado da revisão fiscal realizada pelo autuante. Juntou documentos às fls. 1024 a 1103.

O autuante pronunciou-se às fls. 1105 a 1110 contestando as alegações do contribuinte e mantendo o teor da informação fiscal anterior.

À fl. 1113 o contribuinte pediu e obteve vista das fls. 1105 a 1110 dos autos.

Às fls. 1119 a 1123 o contribuinte novamente pronunciou-se sobre a informação fiscal de fls. 1105 a 1110 dos autos, colacionando documentos às fls. 1124 a 1140.

Consoante consta no Relatório do Acórdão recorrido o contribuinte, em nova assentada de julgamento na data de 19/06/2012, apresentou Memorial (fls. 1142 a 1146), acostando documentos às fls. 1147 a 1156. Reiterou a solicitação de realização 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.*

Às fls. 1158 e 1159 a 4ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de origem para que o autuante produzisse nova informação fiscal, nos seguintes termos:

- 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;*
- c) *Ajustado o levantamento quantitativo conforme acima que deverá vir aos autos;*
- d) *Intimar o autuado a apresentar o Anexo A citado no item 2.2. do Anexo I (PROCOLO 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;*
- e) *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.*
- f) *Cumprida a diligência, produzir informação fiscal.*

Em atendimento, o autuante pronunciou-se às fls. 1162 a 1164 relatando os ajustes realizados, dos quais resultou nova redução do valor histórico total de débito do ICMS originariamente lançado

para a Infração 1 de R\$5.296.337,20 para R\$693.190,31 em novo demonstrativo de débito à fl. 1317, ficando assim o débito do exercício de 2007 reduzido de R\$3.830.436,53 para R\$82.687,74, e o do exercício de 2008 reduzido de R\$1.465.900,67 para R\$610.502,57, conforme novos demonstrativos de Auditoria de Estoque que anexou às fls. 1264 a 1315.

Intimado do resultado da diligência (fl. 1323), o autuado manifestou-se às fls. 1325 a 1327, dentre outros pontos pedindo que fosse promovida a revisão do lançamento com a redução do crédito tributário relativo ao exercício de 2007 para o montante principal de R\$82.686,74, e do crédito tributário relativo ao exercício de 2008 para o montante principal de R\$610.502,57. Concluiu pedindo que a autuação fosse julgada improcedente, observadas as reduções promovidas no demonstrativo de fl. 1165.

Às fls. 1340 e 1341 o autuante pronunciou-se aduzindo que o contribuinte concordara com os novos valores encontrados na última revisão fiscal realizada, e reiterou os resultados encontrados.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0030-04/14, às fls. 1348 a 1358. Em seu voto assim se expressa o Relator:

**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 propreno grau polímero, seja dos outros três itens objeto do levantamento, posto que levado a efeito em conformidade com a legislação de regência, tomado 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 reprodutiva. 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 INCORPOERAÇÃO DA TEGAL – TERMINAL DE GASES LTDA, PELA BRASKEM - Anexo I juntado aos autos pelo Impugnante (fls. 292-295) no item 1. BASES DA INCORPOERAÇÃO, 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 INCORPOERAÇÃO 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.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 1372 a 1380.

Em apertada síntese, o Recorrente historia fatos do processo expondo que após diligência fiscal realizada pelo próprio Auditor Fiscal que promoveu o lançamento original, o crédito tributário foi reduzido em julgamento de 1ª instância administrativa de R\$5.456.888,24 para R\$853.741,35, montante que ainda contesta.

Afirma que da revisão fiscal resultou diminuição da omissão originalmente apurada, repercutiu na redução da omissão nos exercícios de 2007 e de 2008. Que no exercício de 2007 restou a omissão no percentual de 0,33% para “Monômero Cloreto de Vinila”; de 0,07% para “Propeno Grau Polímero”; de 3,70% para “Buteno”.

Que no exercício de 2008 restou a omissão de 1,07% para “Monômero Cloreto de Vinila”; de 0,13% para “Propeno Grau Polímero”; de 1,72% para Butadieno; e de 1,24% para Buteno.

Em relação ao exercício de 2008 o contribuinte repete a alegação contestatória que realizara em

fase instrutória no sentido de que o Fisco teria incluído indevidamente, no levantamento, a Nota Fiscal 4638, com quantidade de 2.507.814 Kg, mas que esta Nota Fiscal não representou a saída ou movimentação de estoque, sendo emitida para complemento de preço da NF 4596, conforme consta expressamente no campo “quantidade” e “dados adicionais”, e tal quantidade de 2.507.814 Kg deveria ser excluída da quantidade total de saídas, o que reduziria a omissão apurada pela fiscalização. Que o erro de informação de dado em seu arquivo magnético, que possa ter induzido a Fiscalização a erro, não prevalece sobre a verdade material.

O contribuinte alega que além da exclusão da Nota Fiscal nº 4638 relativa ao Butadieno movimentado no exercício de 2008, também não deveriam prevalecer as demais exigências, até o limite de perdas normais de até 1,5% porque embora no estabelecimento exista um sofisticado sistema de medição, por se tratar de gases, existiria uma inevitável variação mínima até este limite.

Cita dados que aduz que seriam premissas consideradas em outro Auto de Infração que indica ser o Auto de Infração nº 279100.0002/99-1, lavrado contra a antiga COPENE, e que afirma que seriam aplicáveis na presente ação fiscal, que elenca como: (a) o levantamento de estoque é indiscutivelmente eficiente no sentido de determinar a ocorrência de entradas ou saídas de mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível, quando a natureza da mercadoria entrada é a mesma natureza da mercadoria saída; (b) nas indústrias químicas e petroquímicas as dificuldades de se efetuar um levantamento desta natureza são superlativas: além das perdas normais decorrentes do processo produtivo, outros fatores (clima e temperatura dentre outros) podem influenciar o rendimento do processo; (c) em operações em que os produtos finais se apresentam em estado líquido ou gasoso, ocorrem dificuldades adicionais decorrentes da medição da produção, das saídas e até mesmo das mercadorias estocadas, pois os diversos instrumentos e técnicas de medição utilizados apresentam erros de leitura inerentes e aceitos internacionalmente; (d) a questão de variações decorrentes de incerteza de medição é tão importante que os contratos de fornecimento contemplam um grau de incerteza admitido internacionalmente como normal, de aproximadamente 1,5%.

Afirma que a regra de estorno proporcional do crédito de ICMS não se aplica na hipótese de perdas “normais”, nos termos do Parecer DITRI nº 06261/2009, do qual destaca o seguinte excerto: *“A análise da legislação nos mostra que o inciso V do art. 100 do Regulamento do ICMS em vigor prevê a possibilidade de estorno do crédito que onerou a entrada das mercadorias que 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, mas não prevê o estorno quando se tratar de quebra, perda ou perecimento normal, esperado.”*

Pede que seja admitida a variação no estoque até o percentual de 1,5%, sem a exigência do ICMS, mas apenas sobre eventual excesso.

O contribuinte passa a pronunciar-se sobre o Recurso de Ofício expondo que após a revisão fiscal pelo próprio Auditor responsável pelo lançamento original, devidamente chancelado no julgamento de 1ª Instância, houve redução do crédito tributário na infração 1, sujeito a Recurso de Ofício.

Que todavia, deveria ser negado provimento ao Recurso de Ofício, pois frente ao princípio do verdade material foram promovidos os devidos ajustes na auditoria de estoque para refletir, corretamente, a movimentação de estoque dos produtos fiscalizados.

Que em relação ao exercício de 2007 foi corrigida a movimentação de estoque para incluir as entradas e saídas relativas aos meses de agosto e setembro, não consideradas na movimentação original. Que esta movimentação foi considerada porque restou comprovado que o estabelecimento foi incorporado em julho/2007, sem solução de continuidade da atividade operacional e com a sucessão de direitos e obrigações de forma plena.

Que desse modo, a Fiscalização refez a movimentação de estoque incluindo as notas fiscais de

entrada e saída relativas ao período de 01/08/2007 a 31/12/2007, quando o estabelecimento já pertencia, por incorporação, à Braskem, o que ensejou a redução do crédito tributário cobrado.

Ressalta que a revisão fiscal levou em consideração os arquivos magnéticos do período em questão, bem como as notas fiscais que indicaram expressamente a sucessão societária no campo de dados adicionais: *“Braskem S/A sucessora por incorporação da TEGAL S/A a partir de 01.08.2007”*.

Que em relação ao exercício de 2008 também houve revisão fiscal chancelada no julgamento em 1<sup>a</sup> instância administrativa, mediante a exclusão de notas fiscais de complemento de preço, consideradas por equívoco na movimentação de estoque.

O contribuinte conclui pedindo o provimento do Recurso Voluntário, com o julgamento pela improcedência da infração 1, e pedindo que seja negado provimento ao Recurso de Ofício.

Juntou cópia das Notas Fiscais nºs 004.638 e 004.596 às fls. 1381 e 1382, respectivamente.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, emite Parecer às fls. 1386 e 1387 aduzindo que o contribuinte, em sede de Recurso, não traz argumento jurídico, ou prova, que já não tenha sido apreciado no julgamento de Primeira Instância, mediante as diligências promovidas no feito.

Que a Infração 1 foi objeto de diligência fiscal que promoveu a redução do crédito tributário exigido, e o recorrente pede a exclusão da Nota Fiscal nº 4638, vez que emitida para complemento de preço da Nota Fiscal nº 4596, mas este argumento já fora considerado pelo Fiscal autuante, que promovera a exclusão do documento fiscal do levantamento quantitativo realizado, conforme depreende-se da informação fiscal promovida, que acatou os argumentos quanto a este item à fl. 974, resultando na elaboração de novo demonstrativo de débito anexado às fls. 985 a 987, e acatado pelo Órgão Julgador *a quo*.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Conforme documento de fl. 1388, o contribuinte pediu e obteve vista do Parecer PGE/PROFIS de fls. 1386 e 1387.

Em sustentação oral na assentada de julgamento, os Advogados da empresa reiteraram os termos do apelo recursal e observaram que embora a Nota Fiscal nº 4638 tenha sido a princípio excluída pelo Fisco, em posterior revisão fiscal foi reincluída, conforme gravado no demonstrativo fiscal gravado em mídia CD que foi entregue à empresa. Que observado este equívoco do Fisco, repetia a sua solicitação de reexame dos demonstrativos fiscais, para a definitiva exclusão da mencionada Nota Fiscal nº 4638.

Em relação ao Recurso de Ofício, novamente resumiu as razões das exclusões e inclusões efetuadas pelo Fisco nas revisões efetivadas, cujos resultados foram acolhidos pela Junta de Julgamento Fiscal, e concluiu pedindo pelo não provimento do Recurso de Ofício e pelo provimento do Recurso Voluntário.

A Representante da PGE/PROFIS presente à sessão de julgamento, Procuradora Maria Helena de Mendonça Cruz, diante da constatação de que a Nota Fiscal nº 4638 fora indevidamente reincluída no levantamento fiscal, opinou no sentido do provimento parcial do Recurso Voluntário no que tange à exclusão do documento fiscal do levantamento realizado, visto que as quantidades constantes desse documento fiscal, emitido para complementação de preço da mercadoria, não circularam efetivamente e por conseguinte não deveriam ter constado na auditoria de estoque realizada.

## VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/06/2012 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$5.456.888,24, acrescido das multas de 60% e de 70%, em razão de quatro

irregularidades, sendo a Infração 1 o objeto da impugnação originária e de ambos os apelos recursais.

Esta acusação refere-se a falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saídas 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 nos exercícios fechados de 2007 e de 2008.

Analiso primeiro o Recurso de Ofício motivado pelo acolhimento, na Decisão de base, da desoneração levada a efeito nas revisões fiscais realizadas pelo Auditor Fiscal autuante em dois momentos.

Assim, observo que tendo o contribuinte impugnado a Infração 1, e colacionado documentos às fls. 274 a 953 (volumes I a IV), na informação fiscal prestada às fls. 957 a 980 o autuante, acolhendo parte das alegações impugnatórias, a princípio apenas em relação ao exercício de 2008, então no que tangia ao produto “*Butadieno*” verificou que de fato o contribuinte, ao emitir a NF nº 4638 – complemento de preço, cometeu um equívoco quando a escriturou no seu livro Registro de Entradas e no Registro 54 – do arquivo do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA.

Esta Nota Fiscal nº 4638 (fls. 476 e 1381), que o contribuinte volta a colacionar aos autos em sede de Recurso Voluntário, foi emitida em 02/01/2008 e refere-se a complementação de preço da Nota Fiscal nº 4596 (fls. 477 e 1382), que foi emitida em 05/12/2007.

Ou seja, o autuado, no exercício seguinte ao da emissão da Nota Fiscal nº 4596, que de fato dava saída a mercadorias, emitiu uma nota fiscal de complementação de preço e quando do registro fiscal dessa segunda nota fiscal, de número 4638, indevidamente informou também em relação a este documento a quantidade de 2.507.814 Kg de mercadorias, gerando de fato uma duplicação de quantidades, uma vez que esta quantidade fora já informada na NF 4596 de 05/12/2007 lançada no Registro de Entrada e no arquivo SINTEGRA correspondente.

O Fiscal, à fl. 974 dos autos, tendo constatado o equívoco cometido neste item, acata a impugnação e elabora novo demonstrativo do levantamento fiscal e de débito da Infração 1, documentos anexados às fls. 985 a 987 (volume IV), nos quais foi excluído o valor referente à operação com o produto “*Butadieno*” no exercício de 2008.

Na mesma informação fiscal, em relação ao produto “*Propeno Grau Polímero*”, o autuante (fls. 976 e 977), acolhe a argumentação do contribuinte quanto à nota fiscal de complemento de preço de nº 4750, para correção de erro cometido na emissão da Nota Fiscal nº 4550, constatando que de fato houve um equívoco do autuado quando informara indevidamente, no Registro 54 do arquivo magnético SINTEGRA, a quantidade de 4.672,971 Kg, desta segunda nota, quando não deveria, por tratar-se de nota fiscal emitida apenas para complementação de preço de nota fiscal anterior.

Em razão dessas retificações relativas aos produtos “*Butadieno*” e “*Propeno Grau Polímero*”, realizadas pelo autuante, foi reduzido o débito do valor histórico de ICMS da Infração 1, lançado no Auto de Infração para o exercício de 2008, de R\$1.465.900,67 para R\$912.774,36 (fls. 985 a 987).

O débito relativo ao exercício de 2007 estava mantido pelo Fisco, até então, integralmente.

Após pronunciamentos do contribuinte nos autos, com juntadas de documentos, a 4ª JJF deliberou (fl. 1158) por nova conversão do feito em diligência, dentre outros pontos para que o Fisco intimasse a empresa a apresentar documentos relativos à incorporação da Tegal – Terminal de Gases Ltda., pela empresa autuado, Braskem S.A., e analisando-os verificasse a regularidade tributária das operações praticadas pelo contribuinte, considerando a sua assertiva no sentido de que a incorporadora poderia utilizar a documentação fiscal emitida nos meses de agosto e setembro pela incorporada, pois a empresa não poderia sofrer solução de continuidade e a nova inscrição estadual só foi concedida por esta SEFAZ em 24/09/2007.

O autuante, em atendimento, intimou o contribuinte e anexou às fls. 1170 a 1173 cópia da Ata da

Assembléia Geral Extraordinária realizada em 31/07/2007 pela Braskem S.A., para incorporação da Tegal pela Braskem; às fls. 1174 a 1177 cópia do “Anexo I - Protocolo e Justificação da Operação de Incorporação da Tegal – Terminal de Gases Ltda. pela Braskem S.A”; e às fls. 1178 a 1262 “Anexo II – Tegal – Terminal de Gases Ltda. – Laudo de Avaliação Patrimonial sobre as Demonstrações Financeiras elaboradas para a data-base de 31 de maio de 2007” e seus anexos, demonstrando a movimentação de mercadorias.

Com base na nova documentação anexada pelo contribuinte, bem como analisando as cópias de notas fiscais anexadas pelo autuado às fls. 1025 a 1101, e às fls. 1125 a 1136, então às fls. 1162 a 1164 o autuante expôs que em relação ao exercício de 2007 efetuara 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, observou que não houve transferência de mercadorias destinadas a comercialização quando da incorporação da Tegal pela Braskem, pelo que o estoque inicial foi considerado igual a zero.

Reputo irretocável o texto do voto da Decisão de base quando ao analisar a questão da incorporação, considerando o quanto previsto nos artigos 148; 202 §6º; e §1º do artigo 321, todos do RICMS/BA/97 então vigente, e a análise dos documentos de incorporação da Tegal pela Braskem, considerou que os documentos emitidos nos meses de agosto e setembro, pela incorporada, deveriam ser computados no levantamento quantitativo de estoque de 2007. Observo que assiste razão ao contribuinte quando assevera que não poderia, a incorporadora, sofrer solução de continuidade. Não vislumbro prejuízo ao erário em razão da emissão de tais documentos fiscais de movimentação de mercadorias, posto que a sucessora, arcando com os direitos e obrigações da sucedida em termos contábeis, de toda sorte arca com os débitos tributários de tais operações decorrentes.

O autuante elaborou novos demonstrativos do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias referente ao exercício de 2007 conforme planilhas anexadas às fls. 1264 a 1293.

Em relação ao exercício de 2008, o autuante efetuou ajuste no levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, com a exclusão das Notas Fiscais nºs 4750, 4731 e 5301, emitidas a título de complementação de preços e que foram equivocadamente informadas no Registro 54 do Sistema SINTEGRA com informações sobre quantidades, do que decorreria cômputo em duplicidade das mercadorias objeto das operações.

O preposto fiscal esclareceu que em relação às Notas Fiscais nºs 357392, 357431, 357567 e 35766, de recebimento da mercadoria “Buteno”, notas fiscais estas emitidas pelo remetente no mês de novembro de 2007 e registradas em 2008, com a exclusão da Nota Fiscal nº 5301 do levantamento de estoque este produto não apresentou omissão de entrada, não influenciando, desta forma, no resultado final do levantamento de estoque.

Da análise levada a cabo pelo autuante resultaram os novos demonstrativos relativos ao levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias referente ao exercício de 2008 conforme planilhas anexadas às fls. 1293 a 1315.

Os autuantes anexaram, à fl. 1317, demonstrativo de débito com nova redução do valor histórico total de débito do ICMS originariamente lançado para a Infração 1 de R\$5.296.337,20 para R\$693.190,31, ficando assim o débito do exercício de 2007 reduzido de R\$3.830.436,53 para R\$82.687,74, e o do exercício de 2008 reduzido de R\$1.465.900,67 para R\$610.502,57.

A Junta de Julgamento Fiscal acolheu o novo resultado encontrado pelo Fisco com base na documentação constante nos autos deste processo, pelo que entendo não deva ser provido o Recurso de Ofício.

Passo à análise do Recurso Voluntário.

Constatou que assiste razão ao contribuinte quando pede nova exclusão, do levantamento de estoque de 2008, da quantidade de 2.507.814 quilos de Butadieno constantes da Nota Fiscal nº 4638,

que refere-se a mera complementação de preço da operação acobertada pela Nota Fiscal nº 4596, posto que muito embora em fase instrutória, quando da prestação da primeira informação fiscal, o autuante tenha excluído tal quantidade da mercadoria Butadieno - tanto assim que no demonstrativo de estoque de 2008 (fls. 985 e 986) constam apenas os produtos monômero “*Cloreto de Vinila*”, “*Propeno Grau Polímero*” e “*Buteno*” - porém por equívoco, ao prestar a última informação fiscal, no demonstrativo de levantamento de estoque referente ao exercício de 2008, gravado na mídia CD acostada à fl. 1319, no demonstrativo que intitula de “*Anexo 09A - AUDITORIA DE ESTOQUES INFRAÇÃO 04.05.05 - 2008 - EXERCÍCIO FECHADO ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTADAS MAIOR QUE A DE SAÍDAS*”, o Fisco volta a incluir a quantidade de 2.507.814 quilos de “*Butadieno*”, quantidade esta atribuída indevidamente pelo contribuinte, em seus registros SINTEGRA, à Nota Fiscal nº 4638, emitida para efeito de complementação de preço.

Reitero que tal como já dito na análise do Recurso de Ofício, esta quantidade de 2.507.814 quilos de “*Butadieno*” já havia sido excluída na revisão fiscal anterior após a comprovação, pelo sujeito passivo, que tratava-se de erro nos dados informados no arquivo magnético SINTEGRA utilizado para realizar o levantamento quantitativo de estoque de 2008, que não refletia o dado da Nota Fiscal nº 4638 emitida (fls. 476 e 1381), posto que nesta não existe quantidade de “*Butadieno*” a circular.

Observo que embora conste, além das mercadorias “*Monômero Cloreto de Vinila*”, “*P048 – Propeno Grau Polímero*”, e “*P-420 – Buteno*”, também o produto “*P-056-Butadieno*” nos últimos demonstrativos sintéticos de auditoria de estoque elaborados pelo Fisco para 2008, e acostados impressos em papel respectivamente às fls. 1294 e 1295 (“*AUDITORIA DE ESTOQUES 2008 – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES – OMISSÃO – EXERCÍCIO FECHADO*”) e às fls. 1296 e 1297 (“*AUDITORIA DE ESTOQUES - 2008 - INFRAÇÃO 04.05.05 - EXERCÍCIO FECHADO – ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS MAIOR QUE A DE SAÍDAS*”), o Fisco não acostou demonstrativo analítico discriminando as notas fiscais de entradas e de saídas relativas ao produto “*P-056-Butadieno*”, limitando-se a anexar as listagens de notas fiscais relativas aos outros três produtos (fls. 1299 e 1300; fls. 1303 e 1304; fls. 1311 a 1315).

Porém quando da análise, pelo contribuinte e posteriormente por esta 1ª CJF, dos demonstrativos analíticos e sintéticos relativos à Infração 01, gravados pelo Fisco na mídia CD colacionada à fl. 1319, e cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo, verifica-se que no demonstrativo analítico que o Fisco intitula de “*Anexo 09A - AUDITORIA DE ESTOQUES - RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS - OMISSÃO ENTRADAS*” está indevidamente reincluída, como primeira nota fiscal discriminada à “*Página 18 de 20*”, sob o subtítulo “*CÓD. P056 – P056-BUTADIENO*”, a Nota Fiscal nº 4638 com data de 02/01/2008 e com a quantidade de 2.507.814,000 Kg de “*Butadieno*”, com preço unitário de R\$0,06.

Esta quantidade de 2.507.814,000 Kg de “*Butadieno*”, referente a nota fiscal de complementação de preço, portanto, foi pela segunda vez equivocadamente computada pelo Fisco, primeiro quando do levantamento fiscal originariamente realizado, e depois na nova revisão fiscal realizada, o que causou indevida majoração do débito de ICMS a ser lançado de ofício no item 1 do Auto de Infração. Assiste integral razão ao contribuinte quando assim afirma.

Por conseguinte, tomando por base o demonstrativo fiscal de fls. 1296 e 1297, intitulado “*AUDITORIA DE ESTOQUES - 2008 - INFRAÇÃO 04.05.05 - EXERCÍCIO FECHADO – ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS MAIOR QUE A DE SAÍDAS*”, tem-se que excluída a quantidade de 2.507.814,000 Kg de Butadieno, por equívoco do Fisco reincluída, resta débito de ICMS no valor histórico de R\$10.215,88 para a mercadoria “*Monômero Cloreto de Vinila*” e de R\$48.109,53 para a mercadoria “*P048 – Propeno Grau Polímero*”, totalizando o imposto devido por omissão de saídas presumidas (omissão de entradas) no valor histórico de R\$58.325,41 para o exercício de 2008.

Em relação ao segundo tópico do pleito recursal trazido pelo contribuinte, no sentido de que seja admitida a variação no estoque até o percentual de 1,5%, sem a exigência do ICMS, considerando que as perdas até o percentual de 1,5% deveriam ser consideradas normais, observo que nas tabelas que o recorrente apresenta em seu Recurso Voluntário, tomando por base os

demonstrativos fiscais, embora constem percentuais de omissões, para algumas mercadorias, inferiores a 1,5%, não resta provado, no presente processo, que trata-se de perdas normais.

Inexiste nos autos, por exemplo, um parâmetro identificado por instituto técnico independente, sobre o tema, que sirva de lastro à tese recursal.

Por não estar provado tratar-se de perdas normais nos exercícios de 2007 e de 2008, deveria o contribuinte ter procedido de acordo com o preconizado no então vigente artigo 100, V, do RICMS/BA/97, tal como já dito no voto que lastreia a Decisão de Primeira Instância. Em não o tendo feito, cabe a cobrança de ICMS sobre as diferenças de estoque encontradas no levantamento fiscal também quanto às mercadorias cujas diferenças sejam inferiores a este percentual de 1,5%, trazido como parâmetro pelo contribuinte.

Assim, mantida a Decisão de base no que tange ao valor histórico de débito de ICMS de R\$82.687,74, referente ao exercício de 2007, e nesta Segunda Instância de julgamento sendo reduzido para R\$58.325,15 o valor histórico de débito de ICMS para o exercício de 2008, então somando-se os débitos relativos a 2007 e a 2008, na Infração 1, esta é procedente em parte no valor histórico total de ICMS de R\$141.013,15, conforme tabela a seguir:

| INFRAÇÃO 1      |            |       |
|-----------------|------------|-------|
| DATA OCORRÊNCIA | ICMS       | MULTA |
| 31/12/2007      | 82.687,74  | 70%   |
| 31/12/2008      | 58.325,41  | 70%   |
| TOTAL           | 141.013,15 |       |

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Voluntário, para modificar a Decisão recorrida exclusivamente em relação à Infração 01, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos e intimado o autuado para efetuar o pagamento do valor remanescente relativo ao débito tributário lançado no montante de ICMS de R\$301.564,19, acrescido das multas de 60% sobre R\$160.551,04 e de 70% sobre R\$141.013,15, com os acréscimos legais, conforme tabela a seguir, que elaboro para maior clareza:

| INFR.         | AUTO DE INFRAÇÃO    | JULGAMENTO JJF    | JULGAMENTO CJF    | MULTA |
|---------------|---------------------|-------------------|-------------------|-------|
| 01            | 5.296.337,20        | 693.190,31        | 141.013,15        | 70%   |
| 02            | 10.525,94           | 10.525,94         | 10.525,94         | 60%   |
| 03            | 148.006,11          | 148.006,11        | 148.006,11        | 60%   |
| 04            | 2.018,99            | 2.018,99          | 2.018,99          | 60%   |
| <b>TOTAIS</b> | <b>5.456.888,24</b> | <b>853.741,35</b> | <b>301.564,19</b> |       |

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER EM PARTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207098.0005/12-6, lavrado contra BRASKEM S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$301.564,19, acrescido das multas de 60% sobre R\$160.551,04 e 70% sobre R\$141.013,15, previstas no art. 42, incisos II, “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos e intimado o autuado para efetuar o pagamento dos valores remanescentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS