

PROCESSO - A. I. Nº 297515.0002/14-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S.A.
RECORRIDOS - BRASKEM S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF Nº 0117-03/16
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/10/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0126-12/16

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, deve-se exigir o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso a das saídas. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0117-03/16, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS de R\$38.130.213,89, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2012, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário o das saídas tributáveis.

Na Decisão recorrida que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$5.200.128,20, foi consignado que na revisão efetuada por preposto fiscal estranho ao feito foram esclarecidos alguns equívocos cometidos pelo autuante no levantamento fiscal, sendo elaborado demonstrativo, à fl. 212 dos autos, apurando o débito no valor de R\$38.070.734,22.

Em seguida, o processo foi convertido à ASTEC que, através do Parecer nº 085/2015, às fls. 257 a 263 dos autos, com base nos documentos às fls. 273 a 385 e nas observações *in loco* da planta industrial, informou que:

1. Conforme Laudo Técnico (fl. 319/330), emitido pela Escola Politécnica da UFBA, nos processos industriais existem perdas de produtos e insumos por diferentes mecanismos, tendo sido comprovado que, à luz das documentações acostadas aos autos e da escrituração fiscal/contábil, ocorreram às alegadas perdas, relativamente aos produtos objeto do levantamento fiscal.
2. De fato, o Anexo 1 da revisão fiscal, à fl. 212 dos autos, não considerou a movimentação de Nafta, na quantidade de 83.047.840 kg e considerou as entradas com nota fiscal de 5.885.687,64 kg de Hidrogênio, sendo que a quantidade correta é de 5.818.230 kg, como demonstrado à fl. 261.
3. A Nafta-mix constitui um produto intermediário do processo produtivo e que parte do estoque de Nafta-bruta é misturado com as correntes de Nafta-leve e refinados, aumentando a eficiência deste processo em relação aos produtos do craqueamento, concluindo que não se pode deixar de considerar, no levantamento de estoques, as movimentações de Nafta-bruta (código 500980)

para a constituição do produto intermediário do processo produtivo da Braskem, chamado Nafta-mix (código CIBA 010051).

Assim, diante de tais considerações, o diligente da ASTEC, partindo do demonstrativo à fl. 212, efetuou os ajustes pertinentes e elaborou novo demonstrativo do estoque, à fl. 264 dos autos, com o débito de ICMS por omissão de saídas no valor de R\$5.200.128,20, de cujo resultado o autuado se manifestou concordando com a conclusão do Parecer da ASTEC, em que pese os autuantes não concordarem sob a justificativa de que já tinham considerado todas as movimentações de saídas do armazenamento à produção, bem como as perdas alegadas pelo defendente, admitindo, apenas, o percentual de perda de 0,1% relativo à movimentação de estoque em tancagem sobre o estoque inicial ou final, o que tiver sido maior, do que refizeram o demonstrativo apresentando resultado divergente do preposto da ASTEC e da revisão por estranho ao feito.

Salienta o órgão julgador que a solicitação de diligência visa a instruir o processo com elementos que possibilitem a decisão da lide e, neste caso, se pretende sejam carreados aos autos documentos e levantamentos necessários para a decisão final, sendo de responsabilidade do diligente a análise dos documentos e elaboração dos demonstrativos apurando o débito remanescente. Sendo assim, a JJF não acatou as ponderações dos autuantes, em razão dos documentos trazidos aos autos, acolhendo as correções efetuadas pelo preposto da ASTEC, relativamente às perdas, à nota fiscal de Hidrogênio e a movimentação de Nafta, do que concluiu pela subsistência parcial do lançamento de ofício no valor de R\$5.200.128,20, conforme demonstrado à fl. 264 dos autos.

Por fim, quanto ao entendimento do autuado de que o crédito tributário deve ser abatido do saldo credor existente ou adicionado aos débitos declarados nas respectivas competências, os membros da JJF não aceitaram sob a justificativa de que, nesta fase processual, não cabe a compensação do imposto recolhido a mais ou crédito fiscal acumulado, podendo o contribuinte requerer a citada compensação quando da quitação do Auto de Infração, requerendo, inclusive, a emissão de Certificados de Crédito.

Diante de tais considerações, a JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$5.200.128,20, recorrendo de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 473 a 484 dos autos, o recorrente sustenta que merece ser cancelada integralmente a autuação, no valor remanescente de R\$5.200.128,20, relativo à omissão de saída de Eteno (13.161.715,64 kg e ICMS de R\$4.987.595,07) e Nafta (719.254 kg e ICMS de R\$200.344,61), já que:

1. Em relação à Nafta, no exercício de 2012, estava sujeita a redução da carga tributária equivalente a 5,5%, conforme previsto no Decreto nº 11.807/2009 e, desse modo, a exação relativa à Nafta deverá ser revista para o montante de R\$64.811,48 ao invés de R\$200.344,61.
2. Para fins de julgamento do Recurso Voluntário devem ser reconhecidos na movimentação de estoque, no exercício de 2012, os ajustes inventários na quantidade de: i) 25.760 kg do Propeno GQ (P033); ii) 2.391.338 kg do Propeno GQ (P048) e iii) 3.398 kg do Eteno GQ (P033), conforme documentação comprobatória anexa (doc. 1).
3. Verificou que a movimentação mantida na Decisão recorrida, após diligência da ASTEC, não considerou as entradas na quantidade correta de 4.015.996.620 kg da Nafta (500890), bem como as saídas na quantidade correta de 1.145.529.2047, 14 (sic) kg do Eteno (P013) e de 7.062.27,58 (sic) kg do Hidrogênio (P145), do que invoca o princípio da verdade material e diz está promovendo a devida verificação das notas fiscais consideradas com equívoco pela fiscalização para a devida comprovação dos ajustes a serem realizados.

Reitera que, na hipótese de manutenção da autuação fixada em 1ª Instância, devem ser considerados saldos credores de ICMS existentes no período autuado, pois o estabelecimento tem um histórico de saldo credor acumulado como Estado da Bahia e controlado de forma centralizada, do que sustenta que jamais poderia resultar tal exigência de imposto sem antes a fiscalização proceder à recomposição de toda a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado, uma vez que a ausência de reconstituição da escrita fiscal para fins de quantificação do tributo devido, nos

termos do art. 142 do CTN e 18 do RPAF, afronta a sistemática de apuração do ICMS, jungida que está a não-cumulatividade.

Afinal, anexa documentos como prova de suas alegações e requer provimento ao Recurso Voluntário, como também elenca razões para negar provimento ao Recurso de Ofício em face da Decisão de piso que promoveu, corretamente, a redução da exigência de R\$38.130.213,89 para R\$5.200.128,20, a exemplo de: perdas/incertezas normais; consumo de Nafta não considerado; entradas por notas fiscais de Hidrogênio e produção de Nafta.

Na assentada do julgamento a Conselheira Alexandrina Natália Bispo dos Santos, nos termos do art. 40, § 1º e 3º, do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, se declara impedida da análise do processo, por ter participado do julgamento em instância inferior.

O Procurador da PGE/PROFIS presente à sessão, Dr. Raimundo Luiz de Andrade, exarou opinativo pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo relativo à parte do débito originalmente exigido na infração de R\$38.130.213,89 para R\$5.200.128,20, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, para ser “cancelada integralmente a autuação perpetrada”.

Inicialmente, da análise do Recurso de Ofício, verifica-se que o valor exigido, com base no levantamento original, à fl. 4, foi revisado e reformado pelo diligente da ASTEC, consoante Parecer nº 0085/2015, às fls. 257 a 263, considerando a documentação e as alegações de defesa, dentre as quais Laudo Técnico da Escola Politécnica da Universidade Federal da Bahia, tendo o diligente verificado ocorrências de perdas, movimentação de Nafta Mix e de Hidrogênio não consideradas no levantamento fiscal, concluindo pelo débito remanescente do ICMS de R\$5.200.128,20, cujo valor foi reconhecido pelo recorrente (fl. 277), de cujo Parecer Técnico se fundamentou o Órgão Julgador de piso para exarar sua Decisão.

Em que pese a insurgência dos autuantes em relação ao Parecer Técnico da ASTEC, às fls. 438 a 440 dos autos, sob a justificativa de que já tinham considerado todas as movimentações de saídas do armazenamento à produção, bem como admitido apenas a perda de 0,1% relativo à movimentação de estoque em tancagem, opinando pela manutenção do valor exigido de R\$38.088.492,38, conforme demonstra à fl. 441, corroboro do entendimento exarado na Decisão recorrida de que a revisão do levantamento fiscal por preposto da ASTEC visa a instruir o processo com elementos que possibilitem a dirimir a lide, cuja avaliação se fundamentou em documentos fiscais e laudo técnico, sendo consistente o conteúdo do Parecer Técnico para as suas conclusões, a exemplo de:

*“Considerar essa movimentação de Nafta Nafta-bruta (Código 500980), para a constituição do produto intermediário do processo produtivo da Braskem chamado Nafta-mix (código CIBA 010051), **significa dizer que o levantamento de estoque**, por espécie de mercadoria, que é o objeto da Auditoria de Estoque em análise, **deve contemplar a “Nafta-mix”, como um produto do processo produtivo da Unidade de Insumos Básicos (UNIB) da Braskem, na mesma perspectiva de controle de movimentação atribuída aos produtos “Eteno”, “Hidrogênio”, “Propeno QG”, “Propeno GP”, “Vapor 15”, “Vapor 42” e “Nafta”, diferentemente do quantum procedeu o Fiscal Autuante e o Fiscal Diligente estranho ao feito, na constituição do lançamento da autuação, onde não considerou a existência desse produto/subproduto (Nafta-mix) fazendo parte do portfólio da unidade de insumos básicos da Braskem, estabelecimento autuado.”***

Diante do exposto, voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Quanto à apreciação do Recurso Voluntário, o recorrente lega que:

1. A Nafta, no exercício de 2012, estava sujeita a redução da carga tributária equivalente a 5,5%, conforme previsto no Decreto nº 11.807/2009;
2. Devem ser reconhecidos na movimentação de estoque, no exercício de 2012, os ajustes inventários na quantidade de: i) 25.760 kg do Propeno GQ (P033); ii) 2.391.338 kg do Propeno GQ

[GP] (P048) e *iii*) 3.398 kg do Eteno GQ (P033) [Eteno PO13], conforme documentos às fls. 486/488;

3. A movimentação mantida na Decisão recorrida, após diligência da ASTEC, não considerou as entradas na quantidade correta de 4.015.996.620 kg da Nafta (500890), bem como as saídas na quantidade correta de 1.145.529.2047, 14 (sic) kg do Eteno (P013) e de 7.062.27,58 (sic) kg do Hidrogênio (P145), do que comprovará através das notas fiscais consideradas com equívoco pela fiscalização para os ajustes a serem realizados.

Em relação à primeira alegação recursal, o art. 1º do citado Decreto, transcrito à fl. 476 dos autos, estabelece para fruição do benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS na operação interna com nafta que a mesma seja *destinada a contribuinte que a utilize na produção de produtos petroquímicos básicos*. Contudo, por se tratar de apuração de operações de saídas de 719.254 kg de nafta sem documentação fiscal, conforme detectada à fl. 264 dos autos, não haveria como se atribuir o benefício fiscal, uma vez não comprovado o requisito básico para sua fruição, sendo correta a aplicação da alíquota de 17%. Ademais, o aludido benefício fiscal à época dos fatos geradores de 2012 não se encontrava mais vigente, conforme se pode constatar à fl. 476 dos autos.

O patrono do sujeito passivo, quando da sua sustentação oral na sessão de julgamento, defendeu que, à época dos fatos geradores, a nafta possuía o benefício fiscal do diferimento do pagamento do ICMS e que, em consequência, não haveria como se manter a exigência fiscal correspondente. Porém, por se tratar o diferimento de um benefício fiscal, tal benesse só poderia se conceber às operações acobertadas com os devidos documentos fiscais e atendidas outras obrigações acessórias, a exemplo de habilitação para o aludido regime, o que enseja na mesma conclusão anterior de que, nesta situação, não haveria como se atribuir o benefício fiscal.

Quanto à segunda alegação, os ditos “ajustes” em meras planilhas, constantes às fls. 486 a 488 dos autos, não têm o condão probatório de modificar as quantidades inventariadas e consignadas na escrita fiscal pelo próprio contribuinte, o qual deve representar, fielmente, o estoque físico à época.

Inerente à terceira alegação, trata-se de argumento inócuo em razão da falta de sustentáculo probatório, admitido pelo próprio alegante ao afirmar que “... *a Recorrente está promovendo a devida verificação das notas fiscais consideradas com equívoco pela fiscalização para devida comprovação dos ajustes a serem realizados*.”, além da inconsistência dos números apresentados, a exemplo de: “1.145.529.2047, 14 (sic) kg do Eteno (P013) e de 7.062.27,58 (sic) kg do Hidrogênio (P145)”.

Por fim, no que diz respeito ao pleito recursal para, na hipótese de manutenção da Decisão recorrida, se considerar saldos credores de ICMS, recompondo a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado, sob pena de afronta a sistemática de não-cumulatividade da apuração do ICMS, comungo do entendimento exarado no Acórdão da JJF de que “... nesta fase processual não cabe a compensação do imposto recolhido a mais ou crédito fiscal acumulado, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, requerendo, inclusive, a emissão de Certificados de Crédito.”, cuja ferramenta é apropriada ao momento.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

VOTO EM SEPARADO

Acompanho o voto do Nobre Colega Relator. Entretanto, teço algumas considerações em separado.

De fato, em que pese apenas em assentada de julgamento, quando da sua sustentação oral na sessão de julgamento, defendeu que, à época dos fatos geradores, a nafta possuía o benefício fiscal do diferimento do pagamento do ICMS e que, em consequência, não haveria como se manter a exigência fiscal correspondente.

Também não é crível que a Recorrente tenha agido com intenção de lesar o Fisco diante da ínfima quantidade supostamente omitida diante de todo o volume movimentado pela empresa.

Ademais, é fato notório que a Braskem é acumuladora de créditos fiscais e, exatamente para dar “vazão” a esses créditos fora firmado termo de acordo com o Governo Estadual. Assim, sequer benefício econômico a Recorrente teria.

Por sua vez, também foi aduzido pela Recorrente que toda a Nafta é usada no processo industrial.

Ocorre que, as alegações do Recorrente, que foram efetivamente corroboradas pelos pareceres técnicos acostados, concluem que a Nafta é produto intermediário da Recorrente em sua produção e não se destina à venda.

Assim, a consequência lógica que decorreria dessa conclusão é a de que não se poderia constatar a omissão de saídas do respectivo produto. Ora, se ele é produto intermediário base da produção industrial, ou ele se agregou e foi gasto no processo industrial ou sofreu algum tipo de perda.

Entretanto, no caso concreto foi identificada a omissão tanto de entradas como de saídas, sendo exigida a de maior expressão monetária, a das saídas. Assim, tendo se identificado a omissão de saídas e, tratando-se de um bem com valor comercial, a presunção legalmente prevista é a de que foram realizadas vendas sem a emissão de documentos fiscais.

Assim, por se tratar o diferimento de um benefício fiscal, só poderia ser aplicado às operações acobertadas com os devidos documentos fiscais e atendidas outras obrigações acessórias.

Por sua vez, o laudo técnico apresentado trata especificamente da movimentação de estoque da Nafta e Nafta Mix, com os respectivos quantitativos, e atesta que esses quantitativos foram efetivamente usados na produção.

Entretanto, a exigência que remanesce é a do que foi supostamente omitido e, portanto, não acobertado por documentos fiscais, razão pela qual para torna-la insubsistente deveria a Recorrente provar que não houve omissão, como obteve êxito em grande parte da infração.

Ressalto mais uma vez que, acredito serem verdadeiras as alegações do Recorrente, e entendo que a referida omissão de saída possa ter ocorrido de erro ou de perdas anormais no processo industrial, entretanto, o Recorrente não logrou êxito em comprovar a inexistência das referidas omissões.

Face o exposto, acompanho o voto do Relator com as ressalvas acima expostas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297515.0002/14-9**, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.200.128,20**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

DANIEL RIBEIRO SILVA – VOTO EM SEPARADO

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS