

PROCESSO - 281076.0006/06-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S.A.
RECORRIDOS - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0157-02/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/08/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0178-11/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Lançamento reconhecido em parte pelo sujeito passivo. Refeitos os cálculos em face dos elementos apresentados pela defesa (devoluções de vendas). Débito reduzido. Mantida a Decisão recorrida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE SAÍDAS OMITIDAS. Existência de omissões tanto de saídas quanto de entradas de mercadorias, sendo maior a diferença de entradas, que serviu de base de cálculo. Omissões de entradas autorizam a presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Reduzido o valor do imposto. Mantida a Decisão recorrida. b) DIFERENÇAS TANTO DE ENTRADAS COMO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS, EXIGINDO-SE O IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS OPERAÇÕES DE ENTRADAS, NOS EXERCÍCIOS DE 2003 E 2004. Mantido o lançamento relativo a 2003. Refeitos os cálculos relativos ao exercício de 2004, com exclusão de saídas de matéria-primas consumidas no processo produtivo da empresa. Afastados os valores exigidos relativos a apuração de diferenças irrelevantes decorrente de movimentação de estoques em navios, tubovias, caminhões e armazenamento em tanques. Infração subsistente em parte. Reformada a Decisão recorrida em parte. 7. ZONA FRANCA DE MANAUS. REMESSAS DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DOS PRODUTOS PELA SUFRAMA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O benefício da isenção nas remessas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus condiciona-se à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário e do internamento dos mesmos pela SUFRAMA. Os documentos trazidos na defesa não comprovam a internação dos referidos produtos na Zona Franca de Manaus. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE**

PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime quanto à infração 7.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida no Acórdão nº 0157-02/16 (fls. 2156/2176), por ter desonerado em parte os valores exigidos nas infrações 1, 3 e 4, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/BA e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo às infrações 3 e 4 julgadas Procedentes em Parte, e infração 7 julgada Procedente, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 27/9/06, exige ICMS totalizando valor de R\$951.575,66, acrescido da multa de 60%, refere-se ao cometimento de onze infrações, sendo que o sujeito passivo reconheceu inicialmente as infrações 2, 6, 8, 9 e 10, vindo posteriormente reconhecer os valores exigidos nas infrações 5 e 11. O Recurso Voluntário versa sobre as infrações, 1, 3, 4 e 7 que acusa:

- 1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (hipoclorito de sódio, nitrato de sódio, hidrazina e nitrogênio) - R\$ 21.035,94, multa de 60%.*
- 3. Falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem registro na escrita fiscal, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício fechado de 2002 - R\$ 187.384,53, com multa de 70%.*
- 4. Falta de recolhimento de ICMS constatada em face de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, exigindo-se o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios fechados (2003 e 2004) - R\$ 237.558,75, multa de 70%.*
- 7. Falta de recolhimento de ICMS em virtude de saídas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus com isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA - R\$ 10.617,27, mais multa de 60%.*

Na Decisão proferida pela primeira instância, inicialmente foi ressaltado que o sujeito passivo reconheceu como procedentes as infrações 2, 6, 8, 9 e 10, vindo posteriormente, reconhecer como procedente a parte da Infração 5 que ainda não tinha sido reconhecida, bem como a totalidade da Infração 11, com o benefício fiscal instituído pela Lei 13.449/15.

No que se refere às infrações objeto dos recursos fundamentou que:

Trata a Infração 1 de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento. Em sua defesa, o autuado alega que devoluções de hipoclorito de sódio foram equivocadamente consideradas como sendo compras de materiais de uso e consumo. Na informação fiscal, os autuantes reconheceram a procedência desse argumento defensivo e refizeram a apuração do imposto devido.

Considerando que os próprios autuantes reconheceram a procedência do argumento defensivo e efetuaram a devida retificação na apuração do imposto, a Infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$ 17.470,53, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado à fl. 1085.

A Infração 3 cuida de falta de recolhimento de ICMS, no valor histórico de R\$ 187.384,53, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias, no exercício fechado de 2002. De acordo com a descrição do fato, teria havido apenas omissão de saídas de mercadorias.

Inicialmente, ressalto que a mudança da omissão de operações de saídas para omissão de operações de entradas não é razão para a nulidade arguida na defesa, pois no levantamento original havia a indicação de que o levantamento tinha apurado omissões de operações de saídas e de entradas de mercadorias (fl. 22). Saliento que, para evitar prejuízo à defesa, mediante diligência, o prazo de defesa foi reaberto. Afasto, portanto, essa arguição de nulidade.

Adentrando ao mérito, considero que a questão em análise foi resolvida com as diligências realizadas. Dessa forma, acato integralmente o resultado da última diligência (fl. 1725) e julgo a Infração 3 subsiste em parte no valor de R\$ 10.092,04, tendo em vista que as omissões de operações de entradas de mercadorias autorizam a

presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. As alegações defensivas atinentes às incertezas dos instrumentos de medição não podem ser acolhidas, pois o defendente deveria ter demonstrado em sua contabilidade o registro de tais ajustes, o que não foi feito.

A Infração 4 trata de falta de recolhimento de ICMS, no valor histórico de R\$ 237.558,75, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias nos exercícios fechados de 2003 e 2004. Foram apuradas omissões tanto de entradas quanto de saídas, sendo maior a diferença de entradas.

No que tange ao exercício de 2003, observo que do valor originalmente lançado (R\$ 103.993,82), o autuado reconheceu como procedente o montante de R\$ 97.836,15, imputando a diferença a incertezas nos aparelhos de medição e a perdas do que é despejado na atmosfera. Esses argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir a parte da exigência fiscal que foi impugnada, pois caberia ao autuado demonstrar, em sua contabilidade, o registro de tais ajustes e perdas, o que não foi feito. Desse modo, mantenho inalterada a exigência fiscal referente ao exercício de 2003, no valor de R\$ 103.993,82.

No que tange ao exercício de 2004, a 3ª JF decidiu pela exclusão da parcela de R\$ 28.636,98 (referente a sal beneficiado) e de R\$ 566,10 (atínente a polietileno), remanescendo o imposto a recolher no valor de R\$ 36.540,53 (R\$ 65.743,61 - R\$ 28.636,98 - R\$ 566,10). A exclusão referente ao produto sal beneficiado decorreu do entendimento de que o autuado não efetua saídas desse produto, mas o utiliza como matéria-prima. Já a exclusão atínente ao polietileno de baixa densidade foi ocasionada pela nulidade em virtude da impossibilidade de determinação do preço unitário médio.

A nulidade referente ao produto polietileno de baixa densidade, decretada no Acórdão 0302-03/10, foi afastada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, por entender a ilustre relatora de segunda instância que o vício que maculava a autuação era passível de saneamento mediante diligência.

Após o retorno do processo à primeira instância, foi o mesmo convertido em diligência à ASTEC do CONSEF para que, em relação ao produto polietileno de baixa densidade, fosse verificada a alegação do autuado de que não teriam sido consideradas notas fiscais de devolução, relativas ao retorno de mercadorias remetidas para industrialização por encomenda, bem como para que fosse recalculado o preço médio das saídas e feitos os ajustes pertinentes na apuração do imposto porventura devido.

A diligência foi atendida conforme o Parecer ASTEC Nº 80/2013 (fls. 2016 e 2017), tendo sido efetuadas as correções pertinentes, tendo o diligenciador chegado ao valor devido de R\$ 498,17, para o produto polietileno de baixa densidade, conforme demonstrativo de fl. 2017.

Notificados do resultado da diligência, os autuantes não se pronunciaram. Por seu turno, o autuado se limitou a afirmar que nada era devido na Infração 4, pois as omissões remanescentes eram de pequeníssima monta.

Acato o resultado da diligência de fls. 1143/1146 (Parecer ASTEC 36/2007), a qual apurou que em razão dos ajustes realizados o “ICMS inicialmente cobrado no valor de R\$ 133.564,93, decorrente de Omissão de Entradas, passa para um ICMS devido no valor de R\$ 65.743,61, decorrente da apuração de uma Omissão de Saídas no valor de R\$ 386.727,13”, tudo conforme o levantamento quantitativo retificado de fl. 1148.

O fato de o ICMS originalmente lançado ser decorrente de omissões de operações de entradas e, após a diligência, passar a resultante de omissões de saídas não é razão para nulidade da autuação, pois no Auto de Infração já constavam as duas espécies de omissões. Além disso, não se pode olvidar que nas duas situações (omissões de entradas ou omissões de saídas) o imposto é exigido em relação a operações de saídas de mercadorias realizadas sem a devida tributação.

Observo, no entanto, que o resultado a que chegou a diligência de fls. 1143/1146 carece de duas retificações: a primeira, relativamente às omissões de operações de saídas de sal beneficiado; a segunda, quanto às omissões de saídas de polietileno de baixa densidade. Assim, passo a me pronunciar sobre essas duas retificações a serem efetuadas no levantamento quantitativo acostado à fl. 1148 dos autos.

No que tange às omissões de operações de saídas de sal beneficiado, a diligência de fls. 1724/1726 (Parecer ASTEC Nº 116/2010) informou que as Notas Fiscais que acobertaram as saídas são Notas “fictícias” emitidas pelo sistema SAFA para facilitação do levantamento de estoque em estabelecimentos industriais, e isto significa que o contribuinte não deu saída do produto sal beneficiado para processo nem mesmo a título de empréstimo, e, aliado a esse entendimento, há o laudo técnico que atesta que o produto é utilizado no processamento e não é comercializado. Considero, portanto, a comercialização de tal produto por parte do autuado que não restou comprovada. Assim, com base nesse citado Parecer, excluo do levantamento quantitativo de estoque de fls. 1148 o débito no valor de R\$ 28.636,98.

Quanto às omissões de operações de saídas de polietileno de baixa densidade, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse calculado o preço unitário médio das saídas e refeita a

apuração do imposto devido para essa mercadoria. A diligência foi cumprida – Parecer ASTEC Nº 80/2013 (fls. 2016/2017), tendo sido apurado que o débito referente às omissões de saídas de polietileno de baixa densidade importava em R\$ 498,17.

Acato o resultado dessa diligência e, em consequência, excludo do demonstrativo de fl. 1148 o valor de R\$ 67,93, que corresponde à diferença entre o débito apurado à fl. 1148 (R\$ 566,10) e o apresentado à fl. 2017 (R\$ 498,17).

O débito atinente à Infração 4 deverá ser refeito, relativamente ao exercício de 2004, reduzindo-se o valor lançado de R\$ 133.564,93 para R\$ 37.038,70 (R\$ 65.743,61 - R\$ 28.636,98 - R\$ 67,93).

O pleito defensivo para que as omissões remanescentes sejam desconsideradas por serem de pequena monta não pode ser acolhido, pois as omissões restaram comprovadas nos autos e, além disso, não se pode olvidar que o crédito tributário é indisponível.

No que tange à questão da imprecisão dos instrumentos de medição, esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir a infração, uma vez que não restou comprovado nos autos a alegada imprecisão e o defendente não demonstrou em sua contabilidade o registro de tais ajustes.

Em face ao exposto, a Infração 4 subsiste parcialmente no valor total de R\$ 141.032,52, sendo R\$ 103.993,82 em 2003 e R\$ 37.038,70 em 2004.

Trata a Infração 7 de falta de recolhimento de ICMS em virtude de saídas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus com isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Trata-se das Notas Fiscais 14236 e 16387 (Anexo H, fl. 266).

Visando elidir a acusação que lhe foi imposta, o autuado afirma que a legislação não estabelece a forma como deve ser feita a comprovação da entrada dos produtos na ZFM, bem como diz que nos termos da Portaria 205/02 da SUFRAMA atribui ao transportador transmitir os dados dos documentos fiscais para a SUFRAMA. Para comprovar a internação dos produtos na ZFM, apresenta cópia do livro Registro de Entradas da empresa amazonense, cópia de notas fiscais com carimbos de entrada na ZFM, cópia dos conhecimentos de transportes e declarações assinadas pelos representantes das empresas destinatárias. Diz que não pode ser apenado por falhas cometidas pelos transportadores. Cita decisões deste Conselho de Fazenda, nos quais provas como essas que foram trazidas na defesa foram consideradas suficientes para comprovar a internação dos produtos na ZFM.

Não há como prosperar o argumento defensivo de que não há previsão de como deve ser feita a comprovação do internamento de produtos industrializados na ZFM, uma vez que o art. 598 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, prevê que deverá ser observado o disposto no Convênio ICMS 36/97 no tocante à comprovação do ingresso de mercadorias na ZFM.

O Convênio ICMS 36/97, ao tratar do ingresso de produtos industrializados de origem nacional na ZFM com isenção do ICMS, na sua cláusula 3ª, §4º, assim dispõe:

Cláusula terceira A constatação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas far-se-á mediante a realização de sua vistoria física pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM, de forma simultânea ou separadamente.

[...]

§ 4º A SUFRAMA disponibilizará, via Internet, por meio de Declaração, a constatação referida no “caput”.

Dessa forma, está claro que a comprovação da internação de mercadorias na ZFM se fará pela apresentação da Declaração emitida pela SUFRAMA.

O fato de caber ao transportador a transmissão dos dados dos documentos fiscais para a SUFRAMA não isenta o autuado de comprovar a implementação da condição necessária para o gozo da isenção em comento.

As fotocópias dos livros e documentos trazidos na defesa não se mostram capazes de comprovar a internação das mercadorias na ZFM, pois o documento hábil para tanto é a Declaração emitida pela SUFRAMA. Especificamente em relação aos carimbos apostos pela SEFAZ-AM nas notas fiscais trazidas na defesa, é relevante salientar que nos termos do §2º da cláusula quarta do Convênio ICMS 36/97 “Não constituirá prova de internamento da mercadoria a aposição de qualquer carimbo, autenticação, visto ou selo de controle pela SUFRAMA ou SEFAZ/AM, nas vias dos documentos apresentados para vistoria.”.

Tendo em vista que a isenção prevista no art. 29 do RICMS-BA/97 é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário localizado na ZFM (inc. III do citado art. 29) e que essa comprovação não foi feita pelo autuado, a acusação que lhe foi imputada resta caracterizada.

A subsistência da infração em comento não significa que o autuado esteja sendo apenado por uma falta cometida pelo transportador, pois cabia ao autuado o ônus de comprovar o cumprimento da condição necessária ao gozo da isenção condicionada, o que não foi feito. Não vislumbro, portanto, nenhuma ofensa ao

princípio da pessoalidade da pena.

Os acórdãos citados na defesa tratam de situações em que fotocópias de livros e documentos fiscais da empresa destinatária e da transportadora, além de declarações dos destinatários, foram consideradas como suficientes para comprovar o internamento de mercadorias na ZFM. Contudo, esse entendimento não tem sido pacificamente aceito neste Conselho e, como exemplos de posicionamento diverso, com o qual comungo, cito os Acórdãos CJF N^{os} 0301/12/12 e 0309-13/13, sendo que desse último transcrevo a ementa:

**3ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0509-13/13**

EMENTA: ICMS. 1. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SUFRAMA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O sujeito não trouxe aos autos os elementos probatórios necessários para elidir a presente exigência fiscal, através de documento expedido pela SUFRAMA, conforme determina o Ajuste SINIEF 07/97. **Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERESTADUAIS REGULARMENTES ESCRITURADAS.** Demonstrado pelo sujeito passivo que alguns dos destinatários são inscritos em seus respectivos Estados como contribuintes do ICMS. Reduzido o valor exigido. **Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

Em face ao acima exposto, restou demonstrado que o autuado deixou de recolher ICMS em decorrência de saída de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus, com isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Em consequência, a Infração 7 é subsistente.

O autuado sustenta que as multas indicadas na autuação não podem recair sobre a Braskem S.A., pois não responde por multas de infração da sociedade incorporada, a antiga Trikem S.A.

Esse argumento defensivo não procede, pois, nos termos do art. 129 do CTN, a Braskem S. A., na condição de sucessora, é responsável pelos débitos tributários já constituídos e os a serem constituídos em relação à empresa sucedida.

Por fim, ressalto que a redução ou dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal não se inclui entre as competências das Juntas de Julgamento Fiscal.

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 674.191,53, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 2187 a 2931), o recorrente descreve as infrações, comenta os argumentos defensivos, diligência, julgamento pela 1ª JF, e nulidade da Decisão declarada pela 1ª CJF (ACÓRDÃO CJF N° 0346-11/11), realização de diligência fiscal que culminou no segundo julgamento, cujas infrações 3, 4 e 7 são objeto do recurso.

Quanto à infração 3, na qual foi apurado omissão de saída (2002) de soda cáustica 50% e cloro líquido, em diligência realizada procedeu a inclusão de 3.049,016 toneladas aplicadas no seu processo produtivo (fl. 1147) e de 1.511,907 ton adquiridas por empréstimo da Dow Química, o que culminou em apuração de omissão de entrada totalizando base de cálculo de R\$407.638,57 e ICMS devido de R\$69.298,56.

Em seguida, foi considerado:

- a) Designações de soda cáustica DF; soda cáustica sem solução 50% e hidróxido de sódio como o mesmo produto (adquiridos da Dow Química e Metacril);
- b) Consumo de 702,617 ton no mês de novembro/2002.

Resultou em omissão de entrada de 142,9 ton e valor de R\$10.092,04.

Afirma que em que pese a redução significativa, não considerou as incertezas na medição das quantidades transferidas por meio de transporte marítimo. Descreve a operacionalização de diversas operações: transporte por tubovia de tanques para navios em Alagoas que transportaram o produto para Salvador; armazenamento em tanque da Tequimar (Porto de Aratu) e remessa por tubovia para Camaçari/BA.

Comenta a incerteza na medição de navio em torno de 0,5% (cinco décimos por cento) que aplicado sobre a movimentação (Alagoas) de 3.036,144 de soda cáustica resulta em quantidade de

15,18 ton o que reduziria a diferença ora remanescente, como reconhecido no Acórdão JF nº 0333-02/2004.

Comenta que as operações com a Dow Química são feitas por caminhões, cuja pesagem é feita por balança rodoviária cuja variação pode ser de até 5% do limite do peso bruto, conforme Lei 7.048/85. Ressalta que se aplicado um percentual de 2,755% x 4.635,838 ton transportadas por caminhão resulta em quantidade de 127,72 ton, que anula a diferença remanescente.

Apresenta quadro sintético à fl. 2909, no qual indica as movimentações por tubovias e navios, bem como por caminhões e das diferenças que se consideradas, zera a quantidade remanescentes apurada de omissão de 142,9 ton.

Ressalta que os ajustes contábeis são feitos quando se faz contagem física e que na situação presente as diferenças para mais ou para menos são normais, não carecendo de ajustes contábeis, motivo pelo qual requer declaração de improcedência da infração 3.

No que se refere à infração 4, que apurou omissão de entrada nos exercícios de 2003 e 2004 (R\$103.993,82 e R\$133.564,93), destaca que:

EXERCÍCIO DE 2003: Reconheceu diferenças atinentes aos produtos SAL e SODA DF (95%), neste exercício, por não ter identificado o motivo das divergências de estoque apontadas e efetuou o pagamento por meio de Certificado de Crédito (R\$97.836,15, dos R\$103.993,82), restringindo a diferença ao débito no valor de R\$6.151,67, relativo aos produtos:

HIDROGÊNIO: Omissão de entrada de 27,53 ton que decorre da incerteza normal dos aparelhos de medição, cuja produção de Soda Cáustica, realizada com a quebra do sal (NaCl) em Sódio (Na) e Cloro (Cl), mediante aplicação de energia, cuja etapa seguinte é adicionada água (H₂O), formando Soda Cáustica (NaOH), no qual resulta o Hidrogênio (H₂): $\text{Na} + \text{H}_2\text{O} = \text{NaOH} + \text{H}_2$, que é vendido e consumido no processo industrial, cujo excedente da capacidade de armazenamento é despejada na atmosfera, sem causar qualquer dano.

Afirma que a diferença apurada de 27,53 ton, corresponde a cerca de 2% (27,533/1.226,399), que é irrelevante, por ser produto gasoso, razão pela qual, requer considerar a diferença remanescente decorrente de imprecisões nos instrumentos de medição e 2% despejadas na atmosfera.

SODA CÁUSTICA EM SOLUÇÃO AQUOSA RG: Omissão de entradas de 21,84 ton, conforme demonstrativo à fl. 2917, que corresponde a irrisórios 0,03% da produção (21,84/72.483,72).

Ressalta que “*os i. prepostos fiscais reconheceram textualmente que são usuais as imprecisões dos instrumentos internos de medição das unidades de produção, em percentuais que variam entre 0,5% a 1,0%*”. Requer a exclusão dos valores correspondentes do levantamento fiscal, por se tratar de perda normal, sem exigência de estorno (art. 100, V do RICMS/97).

EXERCÍCIO DE 2004: Destaca que a omissão original perfazia R\$133.564,93, que após diligência da ASTEC 36/2007 (fl. 1.143) reduziu para R\$65.743,61 (fl. 1146), e no julgamento foi reconhecida a improcedência parcial (fl. 1712), remanescendo débito de R\$37.038,70 relativos a:

CLORO LÍQUIDO: Omissões de saídas de 139,28 ton, corresponde tão somente a 0,11% do somatório da produção e das vendas de 61.669,533 ton, que são variáveis sujeitas às incertezas de medição, em percentuais correspondentes a 0,5% e 1%, que deve ser desprezada, conforme previsto na Lei 7.408/85.

ÁCIDO CLORÍDRICO E HIPOCLORITO DE SÓDIO: Cujas omissões de saídas no exercício de 2004, são respectivamente de 20,115 ton e 337,517 ton, com entradas por produção e saídas de 7.687,635 ton (AC) e 27.072,358 ton (HS), que afirma decorrer de diferenças normais de medição que são inerentes à movimentação do estoque dos produtos, que são líquidos, e comercializados através de transporte rodoviário de cargas, sujeitos a pesagens incertas em balanças, resultando em percentuais de 0,62% e 1,27% das quantidades de Ácido Clorídrico e Hipoclorito de Sódio, no ano

de 2004.

SODA CÁUSTICA EM SOLUÇÃO AQUOSA RG: Omissão de saídas de 247,301 que após diversos ajustes em sede de diligência fiscal, resultou em apenas 3,54 toneladas, que correspondente a ínfimos e irrisórios 0,00046% do total das saídas do ano (76.515,234 ton).

Ressalta que em razão da imprecisão de instrumento de medição não efetua ajustes contábeis e como apontado anteriormente, requer a exclusão dos valores correspondentes.

Relativamente à infração 7, pertinente a saídas de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus (ZFM), com benefício de isenção, sem comprovação do internamento na SUFRAMA, transcreve a legislação indicada no enquadramento (artigos 29, III, 50, II, 56, I, 124, I, 219, V, “a” e “b” e 597 do antigo RICMS/BA) cujo art. 597 do RICMS/97, em atenção aos ditames do Convênio ICMS nº 36/97, passou a estipular obrigações acessórias a serem cumpridas.

E que a Port. 205/2002 da SUFRAMA, no seu art. 7º atribui ao transportador a obrigação de transmitir os dados pertinentes aos documentos fiscais de mercadoria nacional incentivada.

Argumenta que embora o cumprimento da obrigação acessória seja do transportador, os produtos vendidos ingressaram na ZFM, fazendo jus ao benefício da isenção do ICMS, conforme documentação acostada à impugnação, relativo as mercadorias consignadas nas notas fiscais 14.236 e 16.387 com carimbo da SEFAZ/AM; cópias do livro Registro de Entradas do destinatário; cópia dos conhecimentos de transporte e declaração assinada pelo representante da empresa.

Discorre sobre o julgamento proferido na primeira instância, previsão do lançamento no *art. 142. do CTN, acompanhamento de provas no AI conforme previsão no art. 41 do RPAF/BA, posicionamento de doutrinadores acerca do princípio da verdade material*, do princípio do contraditório e da ampla defesa previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Ressalta que a penalização pela falta de comprovação de cumprimento de obrigação acessória que compete ao transportador da mercadoria, mas que sendo injusto atribuir penalidade a pessoa diversa da que cometeu a infração, motivo pelo qual a infração deve ser julgada improcedente.

Pugna pela reforma parcial da decisão, afastando as exigências das infrações 3, 4 e 7, bem como a realização de diligência fiscal para a constatação dos fatos alegados e análise dos documentos.

Na assentada do julgamento a Procuradora representante da PGE/PROFIS manifestou que com relação à infração 7, no seu entendimento os elementos acostados aos autos comprovam que houve internação na Zona Franca de Manaus das mercadorias objeto da autuação.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência – Infração 7)

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício, para reexame das desonerações promovidas no julgamento da primeira instância das infrações 1, 3 e 4.

Quanto à infração 1, que acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de materiais de uso e consumo, foi relacionado no demonstrativo original os produtos hipoclorito de sódio, nitrato de sódio, hidrazina e oxigênio.

Na defesa, o contribuinte alegou que o produto hipoclorito de sódio é industrializado pela própria empresa, e o crédito fiscal utilizado no valor de R\$3.565,41 refere-se a devolução de vendas.

Tendo à fiscalização confirmado que o produto é industrializado e o crédito fiscal refere-se a devolução de venda, não merece reparo a Decisão da primeira instância que julgou Procedente em Parte, mantendo a exigência do valor de R\$17.470,53 relativo aos demais produtos adquiridos que foram destinados a uso/consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 1085.

A infração 3 exige ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias (2002).

Com relação a esta infração, na impugnação inicial o autuado apresentou alegações que não foram acolhidas na primeira informação fiscal relativas a:

- a) Entrada de 1.511,907 ton. de soda cáustica 50%, de terceiro que foi utilizada em seu processo produtivo e do consumo de 3.049,016 ton., aplicadas no processo produtivo;
- b) Ajuste dos estoques físico e contábil do produto cloro líquido (519 ton = 0,47% da produção e vendas durante o ano);

Na primeira diligência realizada pela ASTEC (Parecer 36/2007 - fls. 1139/1146), foram computados às quantidades relativas às aquisições e consumo no processo produtivo de soda cáustica, conforme documentos acostados às fls. 827 a 939, o que resultou na redução do débito de R\$187.384,53, para R\$69.298,56, referente à omissão de entradas.

Na segunda diligência (fls. 1321 a 1375), o autuado alegou ocorrência de incertezas de arqueação, pesagem, e medição do produto recebido por meio de transporte marítimo e rodoviário.

Os autuantes na nova informação (fls. 1475 a 1479) reconheceram que ocorrem incertezas nos instrumentos de medição, que gira em torno de 1,0% para os instrumentos internos das unidades de produção, e uma precisão de 0,5% para os instrumentos que para fins de faturamento. Contestaram as variações de pesagens de balanças rodoviárias, com precisão de 5%.

Na terceira diligência realizada pela ASTEC/CONSEF (Parecer 190/2008 - fls. 1510 a 1521), foram efetuado ajustes nos demonstrativos da diligência anterior, o que elevou o valor de R\$69.298,56 para R\$78.945,12.

A empresa contestou o novo demonstrativo, alegando que não foi acatada a entrada de 987,75 ton de soda cáustica sol. 50%, emitidas pela Dow Química contra a Trikem S.A., que esteve em atividade até dezembro de 2005 e foi incorporada pela Braskem S.A. em 15.11.04.

Na quarta diligência (fls. 1712 a 1722), conforme o Parecer ASTEC 116/2010 (fls. 1724/1726), foi incluído as entradas das 987,75 ton. de soda destinadas à Trikem S.A, o que resultou em omissão de entrada de 142,90 ton e valor devido de R\$10.092,04 o que foi acolhido na Decisão ora recorrida.

Pelo exposto, constata-se que conforme acima sintetizado, o levantamento fiscal original foi ajustado por realização de quatro diligências fiscais, em que resultou computação de quantidades na movimentação do produto soda cáustica de (i) entrada de produto de terceiro que já se encontrava na empresa (inventário); (ii) que não deram saídas por ter sido aplicado no processo produtivo; e de entrada de produto adquirido pela sociedade empresarial incorporada no exercício de 2004 (Trikem) S.A., que engloba o exercício fiscalizado de 2002.

Portanto, os ajustes que culminaram na redução do valor exigido, decorreram de erros materiais identificados no levantamento fiscal que foram devidamente corrigidos. Assim sendo, fica mantido o julgamento pela Procedência Parcial da infração 3, com redução do débito de R\$187.384,53 para R\$10.092,04.

Relativamente à Infração 4, que acusa omissão de entrada de mercadorias apurado mediante levantamento quantitativo de estoque de 2003 (R\$103.993,82) e 2004 (R\$133.564,93) totalizando R\$237.558,75, no julgamento da primeira instância foi desonerado valor referente ao ano de 2004.

Constata-se que as desonerações decorreram de correções de quantidades relativas aos produtos:

- A) Sal beneficiado: No Parecer ASTEC 116/2010 (fls. 1724/1726) foi informado que o autuado não deu saída por venda, porque o produto não é comercializado pela empresa, e sim de baixa nos estoques para utilização no processo produtivo. Com base no parecer, foi excluído do levantamento fiscal à fl. 1148, o valor apurado de omissão de saída de R\$28.636,98.
- B) Polietileno de baixa densidade: No levantamento original (fl. 170) foi apurado omissão de entrada de 46,86 ton e valor devido de R\$19.914,65. Na defesa o autuado alegou que não foram

consideradas as remessa para industrialização de 49,5 ton pela NF 11782 e 11786, com retorno de 48,19 ton. Na informação fiscal (fl. 1074) os autuantes acataram esta alegação e indicou que remanesceu omissão de saída de 1,332 ton. No Parecer ASTEC 80/2013 (fls. 2016/2017), foi feito o ajuste do preço médio o que resultou em valor devido de R\$498,17.

Pelo exposto, restou comprovado que os valores desonerados relativo aos produtos sal beneficiado e polietileno de baixa densidade, decorrem de correções de produtos computados como de saída, mas que de fato foram utilizados no processo produtivo do próprio estabelecimento, bem como, da não consideração de quantidades que deram saídas e retorno de industrialização. Por isso, não merece qualquer reparo a Decisão que reduziu o débito da infração 4 de R\$237.558,75 para R\$141.032,52.

No que se refere ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, relativo às infrações 3, 4 e 7, de forma resumida o recorrente contestou apenas parte dos valores julgados.

Quanto à infração 3, que acusa omissão de saída de mercadorias no valor de R\$187.384,53, foram acatadas alegações relativas à (i) aquisições de soda cáustica (Dow Química/Metacril) e (ii) consumo no estabelecimento. Resultou em omissão de entrada de 142,9 ton e valor de R\$10.092,04.

De um modo geral, o recorrente alega que a omissão remanescente de 142,9 ton se deve a incertezas nas medições, transporte por navios, tubovias, armazenamento em tanques e que se tratando de (i) erros de pesagem e (ii) perdas normais deve ser improcedente a infração.

Quanto as variações das pesagens o recorrente indicou que Lei Federal nº 7.048/85, permite a tolerância de 5% na pesagem de carga em veículos de transporte, conforme abaixo transcrito.

Art. 1º - Fica permitida a tolerância máxima de 5%(cinco por cento) sobre os limites do peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias públicas.

Art. 2º - Somente poderá haver autuação, por ocasião da pesagem do veículo nas balanças rodoviárias, quando o veículo ultrapassar os limites fixados nesta Lei.

Como pode ser observado, trata-se de Lei Federal que estipula limite de peso para condução de cargas em vias públicas, e a tolerância estabelecida de 5% da variação de pesagem serve para regulamentar a aplicação de multas por excesso de peso, logo a referida Lei não se aplica a levantamento quantitativo de estoques, motivo pelo qual não acato tal argumento.

No que se refere ao argumento de que ocorrem variações de quantidades das mercadorias consignadas em notas fiscais e movimentação dos estoques, na situação presente, de produto líquido, armazenado em tanques, transporte por navios e tubovias, há de se reconhecer que efetivamente não é possível retirar a mesma quantidade que foi colocada no navio ou tanque, ou bombeada em tubovias.

Entretanto, conforme ressaltado pelos autuantes (fls. 1475 a 1479) essas variações ocorrem nos instrumentos de medição em torno de 1,0% nas unidades de produção, e de 0,5% para os fins de faturamento, o que considero razoável.

Na situação presente, conforme quadro demonstrativo apresentado pelo recorrente à fl. 2909, as entradas totalizaram 7.671,98 ton (rodoviário e marítimo), que admitindo-se uma variação de 1% resultaria em diferença de 7,67 ton, quantidade esta bem distante das 142,9 ton remanescente da omissão apurada nesta infração.

Pelo exposto, não acato os argumentos recursivos, ficando mantida a Decisão pela Procedência em Parte da infração 3, que reduziu o débito original de R\$187.384,53 para R\$10.092,04.

Com relação à infração 4, que apurou omissão de entrada com valores de R\$103.993,82 (2003) e R\$133.564,93 (2004), foi reconhecido como devido o valor de R\$97.836,15 dos R\$103.993,82 (2003).

O recurso restringe-se a diferença remanescente de R\$6.151,67 referente ao exercício de 2003, e do exercício de 2004, o valor julgado pela primeira instância de R\$37.038,70 (original de R\$133.564,93).

De um modo geral o recorrente argumenta que com relação aos valores remanescentes além dos que foram reconhecidos, trata-se de incertezas nas medições e que deve ser admitido a variação de pesagem até o percentual de 5% previsto nos artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 7.048/85.

Como apreciado anteriormente em relação à infração 3, não pode ser acolhido o argumento quanto a variação de pesagem estipulada na citada Lei Federal, visto que a mesma regula variação de pesagem para efeito de aplicação de multas por excesso de peso.

Quanto ao argumento de que a movimentação dos estoques, decorre de armazenagem em tanques, transporte por navios e tubovias, conforme apreciado na infração 3, os próprios autuantes admitiram que essas variações ocorrem com percentagens em torno de 0,5% para 1%.

Portanto, não tendo os autuantes feito as exclusões pertinentes a movimentação dos estoques de hidrogênio, soda cáustica em solução aquosa, cloro líquido, ácido clorídrico e hipoclorito de sódio, tomo como base as planilhas apresentadas pela empresa (fls. 2914 a 2924) e do demonstrativo original do exercício de 2003 (fl. 88) e do resultado da última diligência (fls. 1148), que na Decisão da primeira instância foram deduzidos valores do sal beneficiado (R\$28.636,98) e da diferença do polietileno de baixa densidade (R\$67,93).

Faço a exclusão dos valores dos produtos cujas variações de movimentação dos estoques (venda e produção) foram inferiores ou igual a 1%, por entender que é razoável reconhecer que à movimentação de produtos químicos líquidos e gasosos nas modalidades acima indicadas, podem incorrer em variações entre a movimentação dos estoques físicos e contábeis/fiscais, o que resulta em valor devido de R\$117.637,96.

Exercício: 2003

Valor autuado:

Produto	Consumo/venda	Fl.	Om. apurada ton	Fl.	%	
Hidrogênio	418.130,06	2915	27,53	88	0,0065841	103.993,82 (3.522,58)
Soda Caustica sol. Aq RG	73.615,62	2917	21,84	88	0,0296676	(2.423,75)
Cloro líquido	5.473,24	126	0,96	88	0,0175399	(80,09)
Soda cáustica em escama	1.574,00	146	1,15	88	0,0730623	(131,25)
Diferença devida						97.836,15

Exercício: 2004

Valor julgado (1)

Produto	Consumo/venda	Fl.	Om. apurada ton	Fl.	%	
Cloro líquido	61.669,53	1148	139,28	1148	0,225849	37.038,70 (15.347,66)
Acido cloridrico	7.720,21	1148	20,12	1148	0,2606147	(1.513,60)
Soda cáustica Sol. Aq.RG	70.515,23	1148	3,54	1148	0,0050202	(375,63)
Hipoclorito	26.589,55	1148	337,52	1148	1,2693709	-
(1) Valor julgado (R\$65.743,61 - R\$28.636,98 - R\$67,93) à fl. 2174.				Diferença devida		19.801,81
Total da infração 4						117.637,96

Quanto à infração 7, que acusa saídas de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus (ZFM), com benefício de isenção, sem comprovação do internamento na SUFRAMA, o recorrente alega que (i) a responsabilidade da comprovação é do transportador (ii) e que juntou cópias de documentos fiscais que comprovam o internamento das mercadorias.

Na Decisão proferida a 2ª JJF fundamentou que o fato de o transportador não ter cumprido a obrigação acessória não isenta o autuado de comprovar o internamento e os documentos fiscais apresentados não foram suficientes para fazer a comprovação, o que deveria ter sido feito mediante apresentação da Declaração emitida pela SUFRAMA.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que o recorrente juntou ao PAF cópias:

- Do livro REM com escrituração das NF 14236 e 16387 (fls. 1029 e 1030);
- Das NF com aposição de carimbos indicando o trânsito das mercadorias (fls. 1031/1032);
- Dos Conhecimentos de Transportes (fls. 1033 a 1036)
- Declaração do adquirente que recebeu as mercadorias (fl. 1037).

Conforme apreciado no recurso interposto do AI 207103.0002/12-5 (ACÓRDÃO JJF Nº 0031-02/14) a

cópia dos LRE e Conhecimento de Transporte não constituem provas suficientes de que as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação, tenham efetivamente ingressado nas áreas incentivadas da ZFM, a exemplo das Decisões contidas nos Acórdãos CJF Nº 0301-12/12, CJF Nº 0509-13/13 e CJF Nº 0235-11/14.

Observo que a comprovação do ingresso das mercadorias nas áreas incentivadas mediante realização de vistoria física pela SUFRAMA e SEFAZ/AM, bem como sua disponibilização por meio de declaração via internet, tem se revelado uma operacionalização dificultosa por parte dos estabelecimentos remetentes, em cumprimento das regras dispostas no Convênio ICMS 36/97, em especial os controles exercidos pela SUFRAMA.

Conforme apreciado na Decisão proferida pela primeira instância, a isenção condiciona obrigações impostas ao remetente de acordo com as regras contidas nos artigos 597 e 598 do RICMS/97, com suporte nas Cláusulas Primeira, § 1º, 2º e 3º da Cláusula Terceira, e Cláusula Quarta do Convênio ICMS 36/97, mediante realização de vistoria física pela SUFRAMA e pela SEFAZ/AM e será disponibilizada pela SUFRAMA por meio de declaração, via internet.

Pelo exposto, considero correta a fundamentação da 2ª JF de que a simples escrituração das notas fiscais não constitui prova suficiente de internação das mercadorias na ZFM. Por isso, fica mantida a Decisão pela Procedência da infração 7.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com redução do débito relativo à infração 4, de R\$141.032,52 (original de R\$237.558,75) para R\$117.637,96.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao mérito da infração 7)

Em que pese o sempre abalizado voto do n. Conselheiro Relator Peço a devida *venia* para discordar do seu entendimento quanto ao mérito da infração 07, lançada pela suposta falta de recolhimento de ICMS em virtude de saídas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus.

No presente caso, coaduno-me com o quanto entendido pela PGE/PROFIS de que existem elementos suficientes para entender que a mercadoria foi devidamente internalizada na ZFM.

É de corriqueira sabença que a SUFRAMA não é mais um órgão de controle efetivo e capaz de monitorar as entradas de mercadorias na Zona Franca. Devido ao seu sucateamento e falta de condições, não há mais condições para atender o quanto disposto no Convênio ICMS 36/97.

Ademais, no caso em questão, foram jungidos aos autos as notas fiscais das operações base da infração, com carimbos dos postos fiscais, em datas condizentes com as operações e trilhando o caminho da mercadoria para Manaus.

Do mesmo modo, o Contribuinte trouxe aos fólios processuais os livros de Registro de Entradas dos destinatários das mercadorias, bem como declarações dos mesmos, atestando a recepção dos itens. São documentos fiscais aptos para demonstrar a realização da operação e a entrada da mercadoria.

Assim, entendo que foram trazidos indícios fortes e provas contundentes da internalização da mercadoria, a despeitos da falta da declaração da SUFRAMA que, como dito, não é mais apta para atestar a circulação e internalização das mercadorias na ZFM, não podendo a sua ineficiência prejudicar a empresa.

Portanto, no caso sob tela, além do opinativo da PGE no sentido da comprovação da internalização, das provas carreadas ao processo (Notas Fiscais carimbadas e LRE dos destinatários) e da constatação da falência institucional da SUFRAMA, entendo que a infração 07 é insubsistente.

Por tudo quanto exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para julgar Improcedente a infração 07.

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 em decisão não unânime quanto a infração 7, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281076.0006/06-6**, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$640.179,70**, acrescido das multas de 60% sobre R\$512.449,70 e 70% sobre R\$127.730,00, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

VOTO VENCIDO (Quanto ao mérito da infração 7) – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana e Paulo Danilo Reis Lopes.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao mérito da infração 7) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Laís de Carvalho Silva, Valnei Sousa Freire e Maurício Souza Passos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Voto vencido quanto o mérito da infração 7)

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - VOTO VENCEDOR (Quanto ao
mérito da infração 7)

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS