

**A. I. N°** - 281082.0026/13-0  
**AUTUADO** - BRASKEM S/A  
**AUTUANTE** - MARCOS ANTÔNIO MOURA CRISÓSTOMO  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 22.05.2014

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0097-04/14

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Despesas como frete, seguro, armazenagem, capatazia, além de IPI, II, PIS e COFINS integram a base de cálculo do gravame incidente nas importações. Infração 01 caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SERVIÇOS DE TRANSPORTE SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. Ilícito tributário reconhecido pelo sujeito passivo. Infração 02 mantida. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Não é a essencialidade o aspecto primordial no sentido de determinar se um bem é de uso ou consumo ou produto intermediário. Infração 04 caracterizada. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Ilícito tributário reconhecido pelo sujeito passivo. Infração 03 mantida. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Não é a essencialidade o aspecto primordial no sentido de determinar se um bem é de uso ou consumo ou produto intermediário. Infração 05 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2013 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$ 1.625.904,26, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 – Recolhimento a menor do imposto devido nas importações, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras ocorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. R\$ 51.783,53 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, Lei 7.014/1996.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito, referente à tomada de serviços de transporte sujeitos à substituição tributária. Está dito que, no mês de agosto de 2012, o contribuinte apurou “*crédito fiscal substituição tributária sobre o frete no montante de R\$ 244.585,84, entretanto efetuou o creditamento no SPED fiscal no valor de R\$ 246.802,46. Logo em valor superior na quantia de R\$ 2.317,02*”. R\$ 2.317,02 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, Lei 7.014/1996.

Infração 03 – Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Segundo o auditor, “*no mês de janeiro de 2010, a empresa apurou ICMS a recolher substituído por diferimento no montante de R\$ 40.021,99, contudo não efetuou o devido recolhimento, conforme anexo doc. II*”. R\$ 40.021,99 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, Lei 7.014/1996.

Infração 04 – Utilização indevida de crédito, atinente à aquisição de material de uso e consumo. R\$ 1.505.558,13 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, Lei 7.014/1996.

Infração 05 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais destinados ao uso e consumo. R\$ 26.223,59 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, Lei 7.014/1996.

Apresentada impugnação às fls. 57 a 87, na qual o sujeito passivo faz uma breve exposição do processo produtivo de polietileno de alta e baixa densidade (PEAD e PEBDL) e, no que concerne à infração 01, assevera que os itens designados nos demonstrativos fiscais como AS, AT, AU, AV e AW, na verdade, não são despesas aduaneiras, mas despesas contraídas e pagas perante prestadores de serviços particulares.

Reclama da dificuldade na identificação das rubricas e da falta de identificação da taxa cambial utilizada (valor x data).

Em seguida, transcreve à fl. 63 o art. 13, V, LC (Lei Complementar) 87/1996 e afirma que seguiu fielmente os seus ditames, ou seja, constituiu de forma correta a base de cálculo nas importações.

Com respeito ao item “e” do referido preceptivo legal complementar (despesas aduaneiras), alega que são aquelas pagas à aduana (alfândega), sendo defeso que outras meramente portuárias, como transporte, “*armazenagem, capatazia, descapatazia, estiva, desistiva*” etc. figurem na base de tributação, em razão de que, com fundamento em decisão do STJ, diz que o art. 58, I, RICMS/1997 alargou a mesma (base de cálculo - BC).

Na sua concepção, tão indevido é tal alargamento que o Convênio CONFAZ 07/2005, que também o continha, foi revogado pelo de nº 83/2005.

Dada a impossibilidade de analisar a taxa cambial usada pelo fisco, em face do não apontamento das datas, aduz que não é legal o uso de variação cambial para efeitos de determinação da BC, nos termos do julgamento do RE 15.450-SP (fl. 66).

Quanto às infrações 04 e 05, esta decorrente daquela, colaciona planilha à fl. 67 com os principais materiais cujos créditos foram glosados e passa a discorrer sobre a função de cada um.

O “*nitrogênio gás tubovia*” impede reações químicas oriundas do contato do oxigênio com gases inflamáveis, figurando, desse modo, como elemento de selagem, que evita a formação de atmosfera explosiva, ou como substância necessária na purga de equipamentos (para expulsar os resíduos de solventes e gases sem riscos de intoxicação).

Também é usado na regeneração de “*adsorventes*” destinados à purificação de matérias primas e para testes de pressão nos equipamentos (vasos), sendo, portanto, essencial.

Pontua que no Auto de Infração (AI) 271330.0008/12-8 esta Secretaria considerou que 98% do indigitado material (nitrogênio gás tubovia) é insumo, com a glosa de apenas 2%, concernente ao nitrogênio de purga de hidrocarbonetos. De igual forma, no AI 271330.0002/10-3, pendente de julgamento neste Conselho, só foram computados, para efeito de glosa, 2% do referido produto.

O nitrogênio gasoso líquido vaporizado P1, assim como o nitrogênio LIQ. TQ. CARRETA é destinado aos mesmos fins do nitrogênio gás. A denominação muda apenas em razão do estado físico em que o material é fornecido.

Relativamente ao monóxido de carbono (CO<sub>2</sub>), cuja essencialidade ressalta, também conhecido como “*killer*”, serve para terminar imediatamente a reação química, no caso, por exemplo, de elevação indesejada de temperatura.

A água potável é utilizada em equipamentos de segurança, como chuveiros de emergência ou lava olhos.

O óleo mineral branco EMCAPLUS 140 lubrifica e refrigera compressores de gás de reciclo dos reatores de polimerização, função semelhante à do FREON 22 COMPRESSOR 50/56 kg, fluido de refrigeração utilizado em diversas etapas do processo, como na torre de condensação, cuja temperatura é controlada no patamar de -20°C, para promover a condensação de solventes.

Já o GLP é usado como combustível de empilhadeiras.

Passa a tratar de inibidores de corrosão e materiais de controle de água de resfriamento (biocidas, biodispersantes, dispersantes, inibidores de corrosão e ácido sulfúrico), aduzindo nulidade por cerceamento de direito de defesa, pois a fiscalização não teria informado por qual razão foram classificados como materiais de consumo.

Destaca a essencialidade e a importância dos referidos bens, nos seus respectivos papéis de inibidores de corrosão, incrustação, elementos de controle de bactérias, algas e fungos, dispersantes etc., alguns deles dosados nas torres de resfriamento, a exemplo do NALCO.

Por fim, insurge-se contra o fato de o auditor, sem a justificativa pormenorizada, ter glosado créditos referentes a *“importantes peças e equipamentos”*.

Volta a especificar os itens cujos créditos foram estornados, cita o art. 155, I, §2º, CF/1988 e transcreve o art. 93, I, “b”, RICMS/1997, juntamente com decisão do STF e doutrina, para depois argumentar que o que a legislação exige para o direito de crédito é a essencialidade no processo industrial.

Por carência de fundamentação, requer a nulidade das imputações 02/03, as quais pagou posteriormente com os benefícios da Lei de Anistia nº 12.903/2013.

Em seguida, registra que não foram considerados os saldos credores de ICMS existentes no período autuado e que não foi refeita a escrita, pois a companhia tem um histórico de saldo credor, controlado de forma centralizada em uma de suas inscrições estaduais, alegado equívoco em razão do qual pleiteia nulidade.

Por isso, entende que a cobrança só seria legítima após a reconstituição do livro Registro de Apuração.

Protesta pela produção de provas através dos meios admitidos, requer diligência e encerra pedindo nulidade ou improcedência.

Às fls. 112 e 120/121 foram juntados Termo de Confissão de Dívida e petição, relativos ao pagamento das quantias lançadas nas infrações 02 e 03.

Na informação fiscal, de fls. 149 a 165, o autuante salienta, em relação à infração 01, que usou a mesma taxa cambial que o contribuinte registrou no desembaraço aduaneiro. O demonstrativo de apuração, na coluna “VL. CIF”, traz os valores das importações já convertidos, constantes das declarações de importação e das notas fiscais de entrada emitidas pelo próprio sujeito passivo.

Anexa, a título ilustrativo, a DI 11/1401229-9, referente à nota fiscal 604.

Na fl. 02 da DI, segundo informa, está a comprovação de que a cifra lançada é idêntica àquela dos referidos documentos.

Com respeito à alegação de alargamento de base de cálculo do ICMS importação por parte da legislação baiana, transcreve o art. 17, VI da Lei 7.014/1996 à fl. 155 para aduzir que calculou o imposto de acordo com o que determina o comando legal.

Quanto às imputações 04/05, destaca que o impugnante somente se insurgiu contra uma parcela dos produtos fiscalizados e que o art. 93, V, “b” do RICMS/BA vigente à época dos fatos classifica os mesmos como de uso e consumo, em razão de que não há direito a crédito e incide a diferença de alíquotas.

Passa a discorrer sobre cada um dos itens, como o nitrogênio (todas as classes), que, de acordo com o que o próprio defendente aduziu, serve para “inertizar” os sistemas nos quais há risco de corrosão, incêndio ou explosão, funcionando assim na segurança operacional.

Tece comentários sobre as funções do monóxido de carbono e da água potável, pormenorizadas anteriormente pelo sujeito passivo, com vistas a registrar o seu entendimento de que não são consumidos e não se integram no produto na condição de elementos essenciais.

Já o óleo mineral branco possui o escopo de selar equipamentos, nada tendo a ver com as razões de defesa, enquanto o FREON é mero fluido refrigerante e GLP combustível de empilhadeiras. Também não concorda com os argumentos concernentes aos inibidores de corrosão, biocidas, dispersantes etc.

O ácido sulfúrico 98% tem como destino o combate ao depósito de sais (H2O resfriamento), do que conclui que os materiais utilizados no sistema de água de resfriamento, apesar de importantes, não são passíveis de crédito.

Quanto às peças e equipamentos, argumenta que são sobressalentes, portanto, de uso e consumo.

Por fim, diz que a cada mês há um débito na escrita do contribuinte, transferindo o crédito acumulado, e que este Conselho entende que não devem ser deduzidos dos créditos porventura existentes os débitos apurados em ação fiscal.

Colaciona às fls. 157 a 159 diversas decisões do CONSEF/BA para fundamentar a sua argumentação, a exemplo daquela contida no Acórdão CJF 0152-11/11.

No que tange à outra fiscalização, assinala que o autuado possui várias plantas industriais e que a metodologia referente a uma delas nem sempre é aplicável à outra.

Mantém o lançamento de ofício.

Às fls. 174 a 176 foram juntados comprovantes de pagamento parcial.

## VOTO

Verifico que o auditor expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações pormenorizadamente, indicou os documentos e demonstrativos, seus dados e cálculos, assim como o supedâneo jurídico.

Não foi identificada violação ao princípio da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da motivação dos atos administrativos ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, inclusive aqueles encartados no art. 2º do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia).

Não há pertinência nos argumentos relativos à aplicação de taxa cambial na infração 01, pois o autuante, conforme a planilha de fls. 14 a 16 (na qual as rubricas estão muito bem identificadas), extraiu os valores em moeda nacional informados pelo próprio sujeito passivo nos seus documentos (coluna “TOTAL NFe”, por exemplo).

Assinale-se que o fato de em outros procedimentos ou julgamentos administrativos fiscais terem sido exaradas determinadas decisões acerca do nitrogênio ou outro material objeto do presente lançamento de ofício, nas infrações 04 e 05, não vincula a presente decisão, porquanto o contribuinte, como disse o autuante, possui diversas plantas industriais, cada uma com as suas especificidades.

Por outro lado, cabe assinalar que nitrogênio é gás inerte, ou seja, não se consome (art. 93, §1º, I, “b”, RICMS/1997), pelo que jamais comporá o produto final. Serve apenas para manutenção de temperatura e pressão, limpeza, purga etc.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade.

Com respeito à alegação de que o art. 58, I, RICMS/1997 alargou a base de cálculo do imposto por importação, não faz parte da atribuição legal deste órgão a declaração de inconstitucionalidade nem a negativa de eficácia às normas da legislação tributária estadual.

Estão presentes nos autos todos os elementos aptos a formar a convicção dos julgadores, em virtude de que, com supedâneo no art. 147, I, “a” do Decreto 7.629/1999, concluo ser desnecessária a conversão do feito em diligência ou perícia.

Quanto ao mérito da infração 01, observe-se que o art. 52 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia define que o montante do imposto integra a sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque, mera indicação para fins de controle, e traz a determinação de que esta regra se aplica, inclusive, na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

O citado art. 58, por sua vez, assim dispõe:

*"Art. 58. Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é: I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas: a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação; b) o Imposto sobre a Importação; c) o Imposto sobre Produtos Industrializados; d) o Imposto sobre Operações de Câmbio; e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração".*

Despesas como frete, seguro, armazenagem, capatazia, além de IPI, II, PIS e COFINS integram a base de cálculo do gravame incidente nas importações.

Portanto, tendo o memorial de fls. 14 a 16 seguido de forma correta o preceptivo regulamentar, resta caracterizada a infração.

No tocante às imputações 04 e 05, há que se ter em mente que não é a essencialidade o aspecto primordial no sentido de determinar se um bem é de uso ou consumo ou produto intermediário, mas a sua efetiva subsunção no preceptivo regulamentar abaixo transcrito, no sentido de que a) esteja vinculado à industrialização; b) seja consumido no processo e c) integre o produto final na condição de elemento indispensável ou necessário.

Portanto, bens utilizados, por exemplo, para resfriamento, limpeza de equipamentos, inibição de corrosão ou incrustação, lubrificação, purga, combustão (combustível) de empilhadeiras etc., não são passíveis de crédito, por não se enquadrarem na exigência legal que segue transcrita.

Estas são as redações do art. 93, I, e §1º, I e II, RICMS/1997.

*Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário: I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos: a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem; b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização; (...).*

*§ 1º Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que: I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados: a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação; b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso; e II - as operações ou prestações subseqüentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.*

Deste modo, as aquisições de “nitrogênio gás tubovia”, nitrogênio gasoso líquido vaporizado P1, nitrogênio LIQ. TQ. CARRETA, monóxido de carbono (CO2), água potável, óleo mineral branco EMCAPLUS 140, FREON 22 COMPRESSOR 50/56 kg, GLP, inibidores de corrosão e materiais de

controle de água de resfriamento (biocidas, biodispersantes, dispersantes, inibidores de corrosão e ácido sulfúrico) e peças de reposição (não há lançamento sobre entradas de “*importantes peças e equipamentos*”, mas de itens de reposição), em resumo, de todos os materiais objeto da auditoria, por não se enquadrarem nas condições estabelecidas no art. 93, I, e §1º, I e II, RICMS/1997, não ensejam direito de crédito, por serem destinados ao uso e consumo, em razão de que é devida a diferença de alíquotas.

Relativamente aos supostos saldos credores de ICMS existentes no período autuado, o sujeito passivo não trouxe ao processo cópias do Registro de Apuração do ICMS para provar que os tinha. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o interessado do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/1999).

Segundo o auditor, a cada mês foi lançado um débito na escrita fiscal, com a transferência do crédito acumulado para outro estabelecimento do mesmo grupo.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281082.0026/13-0**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.625.904,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” e VII, “a” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE / RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR