

A. I. Nº - 148714.0075/14-0
AUTUADO - BASF S/A.
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO MACIEL PAOLILO
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 07.08.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0129-04/15

EMENTA: ICMS. 1. SAÍDAS A TÍTULO DE BRINDES. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. 2.1 - ENERGIA ELÉTRICA. PERCENTUAL SUPERIOR AO CONSUMIDO NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. 2.2 - MATERIAIS PARA UTILIZAÇÃO EM IMPRESSORAS. Itens não impugnados. Pagamento dos valores lançados. Exigências mantidas. Recomendação para homologação do pagamento. 2.3 - NITROGÊNIO (N2). 2.4 - ÁCIDO CLORÍDRICO (HCL). As aquisições relacionadas a estes itens não se configuram como insumos ou produtos intermediários, e, sim, como materiais de uso e consumo pelo estabelecimento, visto que seu emprego ou utilização não estão afeitas diretamente ao processo produtivo. O nitrogênio possui a função de elemento de limpeza e de segurança, enquanto que o ácido clorídrico se trata de um produto que é utilizado após a conclusão do processo produtivo, com o fim de neutralizar os agentes poluentes presentes nos resíduos que necessitam ser descartados, configurando-se, desta maneira, em um elemento químico empregado no tratamento de efluentes. Aplicação da regra prevista pelo Art. 42, inciso VII, "a" da Lei nº 7.014/96. Existência de saldos credores do imposto durante todo o período abrangido pela ação fiscal. Afastada a exigência do imposto, porém, mantida a aplicação da multa sobre o valor do crédito indevidamente utilizado. Recomendação para que sejam efetuados os estornos dos créditos, com acompanhamento da repercussão pelo Fisco. Infrações parcialmente subsistentes. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) MATERIAL PARA USO E CONSUMO. b) BENS PARA INTEGRAÇÃO NO ATIVO FIXO. Itens não impugnados. Pagamento dos valores lançados. Exigências mantidas. Recomendação para homologação do pagamento. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 23/12/2014 com o objetivo de reclamar crédito tributário no total de R\$140.365,36 em decorrência dos seguintes fatos com repercussão no ICMS:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher ICMS no total de R\$34.322,15 em razão de ter praticado operações tributáveis, como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta que o contribuinte

deu saída de mercadoria tributada a título de brindes, sem tributação. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - Utilizou crédito fiscal de ICMS no total de R\$39.121,54, relativo à aquisição de energia elétrica em percentual superior ao consumido no processo de industrialização. O contribuinte utilizou crédito fiscal a maior do que o efetivamente consumido na produção do estabelecimento. Vide o Demonstrativo que lista as Notas Fiscais e o percentual permitido na ordem de 92,79% fornecido pelo contribuinte e já objeto de autuação através do Auto de Infração no 207090.0005/13-2. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$22.220,88, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. A empresa efetuou uma consulta onde ficou ciente que o Nitrogênio não poderia ser considerado insumo, mas material de uso e consumo. Esta Infração foi objeto de autuação no Auto de Infração de no. 207090.0005/13-2. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$26.736,97, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O contribuinte utilizou crédito fiscal referente a Ácido Clorídrico (HCL), o qual efetuou Consulta e foi informado que este material é considerado para uso e consumo do estabelecimento. Vide Levantamento Fiscal entregue ao contribuinte nesta data. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no total de R\$1.893,18, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O contribuinte utilizou crédito indevido referente à aquisição de cartucho de tinta para impressora. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 - Deixou de recolher ICMS no total de R\$503,81, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo “*cartucho de tinta*”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 - Deixou de recolher ICMS no total de R\$15.566,82, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao Ativo Fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Consta como complemento: “*Verificando os pagamentos a título de diferença de alíquota do material para Uso e Consumo e Ativo Fixo verificou-se uma diferença a menor nos pagamentos*”. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com impugnação parcial ao lançamento, fls. 298 a 362, requerendo inicialmente que as intimações referentes ao presente processo administrativo sejam encaminhadas tanto ao seu estabelecimento matriz, localizado na Avenida das Nações Unidas, 14.171, andares 10 aos 12 e 14 aos 17, Torre C, Crystal Tower, Condomínio Rochaverá, CEP: 04794-000, São Paulo – SP, bem como aos seus advogados Raquel Cristina Ribeiro Novais, Daniella Zagari Gonçalves e Marco Antônio Gomes Behrndt, inscritos respectivamente na OAB/SP nºs 76.649, 116.343 e 173.362, todos com endereço na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 3.144, CEP 01451-000, São Paulo – SP.

Em seguida menciona a tempestividade da Defesa e efetua uma síntese da autuação onde esclarece que não impugnará as acusações fiscais contidas nos itens 1, 2, 5, 6 e 7, razão pela qual realizará o pagamento integral dos referidos débitos com o acréscimo dos juros e multas descritos no demonstrativo de débito, pontuando que a presente Impugnação, portanto, tem por escopo exclusivamente os itens remanescentes 3 e 4 do lançamento, os quais referem-se à glosa de ICMS sob o fundamento de que teria adquirido produtos químicos, Ácido Clorídrico (item 3) e Nitrogênio (item 4), os quais foram considerados pelo Fisco como bens destinados ao uso e consumo de seu estabelecimento e que, portanto, as respectivas aquisições não permitiriam a

apropriação de créditos.

No tópico intitulado “*O Tratamento Legislativo a Respeito da Apropriação de Créditos de ICMS*”, reporta-se ao art. 155, inciso II, § 2º, da Constituição Federal que assegura aos contribuintes o direito de se creditarem do ICMS pago em operação mercantil anterior, ao princípio da não-cumulatividade, observando que a matéria foi regulamentada pela Lei Complementar nº 87/96, que manteve a amplitude da Constituição Federal, exceto no que toca à apropriação de créditos de ICMS relativos à aquisição de materiais de uso e consumo, cujo direito foi postergado para 1º de janeiro de 2020, resumindo, em síntese que a denominada “Lei Kandir”: (i) permite a apropriação dos créditos de ICMS decorrentes da entrada de insumos e materiais intermediários tributados nas etapas anteriores, sem estabelecer qualquer restrição ou condição para fruição desse direito (art. 20); (ii) permite, mas posterga, o direito à apropriação dos créditos de ICMS decorrentes da entrada de bens de uso e consumo para 1º de janeiro de 2020 (arts. 20 e 33).

Menciona em seguida que a Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia, alinhando-se às disposições da Lei Complementar nº 87/96, reproduziu o princípio da não-cumulatividade em sua redação, autorizando o creditamento de ICMS de forma ampla e irrestrita, consoante se verifica através do Art. 29, o qual transcreveu.

Faz uma distinção do que considera insumos de uso direto, daqueles de uso indireto, bem como dos que são considerados como de uso e consumo, destacando, a este respeito a Decisão Normativa CAT nº 1/2001, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, cujo teor transcreveu. Nesta mesma ótica, transcreve posicionamentos no âmbito federal relacionado às Instruções Normativas nºs 247/02 e 404/04, editadas pela Secretaria da Receita Federal, que embora tratem das contribuições ao PIS e COFINS, também dispõem sobre o conceito de insumo.

Cita decisão da lavra deste CONSEF em julgamento relacionado ao Auto de Infração nº 206975.0006/00-3, onde se posicionou no sentido de que os produtos intermediários dão direito ao crédito do imposto, pois são utilizados no processo de industrialização e, por igual, decisão originada do C. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, bem como o E. Superior Tribunal de Justiça.

Reafirma que os materiais que adquiriu são bens de produção, utilizados durante o processo produtivo para industrialização de inseticidas, herbicidas, dentre outros produtos finais de finalidade agrícola e que tais produtos são consumidos instantaneamente durante o processo produtivo, sendo que a sua vida útil não pode, sequer, ser comparada com a de materiais de uso e consumo como é o caso, por exemplo, de maquinários e edificações que compõem o ativo fixo da empresa, e que tampouco é possível comparar tais insumos a materiais de uso e consumo utilizados dentro do ambiente do escritório, tais como computadores, que não possuem qualquer relação com o processo produtivo ocorrido dentro da planta industrial da Impugnante.

Diante destes argumentos, diz que passará a demonstrar, de forma individualizada, que o *Ácido Clorídrico* e o *Nitrogênio* adquiridos não possuem natureza de bens de uso e consumo, mas de insumos indispensáveis ao processo produtivo, no qual são consumidos imediatamente e em única utilização.

Após descrever a atividade que desenvolve, passa a discorrer a respeito do emprego do *Ácido Clorídrico* para ionização de resíduos e de *Nitrogênio* para segurança e para transporte de fluídos, os quais, ao seu entender, possuem inegável e indispensável emprego no seu processo produtivo.

Naquilo que se relaciona ao nitrogênio (N2), item 3 do lançamento, assevera que se trata de insumo utilizado diretamente em seu processo produtivo, assumindo uma importância de essencialidade, eis que, na sua ausência, todo o processo restaria inviabilizado.

Menciona Laudo Técnico que apresenta, para destacar que o Nitrogênio assume três indispensáveis funções dentro do seu processo produtivo:

- é usado como energia auxiliar para permitir o transporte interno de fluídos entre as várias etapas de produção (vasos, tanques de processo e de carretas);
- controla e estabiliza a pressão em vasos e colunas, agindo como principal elemento para assegurar a segurança do processo – é essencial para prevenir, por exemplo, explosões;
- é usado para realização da limpeza dos tanques, vasos, tubulações e demais equipamentos, permitindo que o ciclo produtivo seja reinicializado e evitando a contaminação dos produtos industrializados pela Impugnante.

Passa a descrever sua função como agente auxiliar de energia, ao tempo em que na segunda função acima alinhada diz que o Nitrogênio é elemento de destaque no processo de *inertização*, o qual é extremamente necessário para estabilizar e controlar a pressão interna dos equipamentos da planta de produção (e.g., tanques, vasos, tubulação), evitando e prevenindo aumento excessivo de pressão e, inclusive, explosões, sendo que, considerando que o Nitrogênio é um gás *inerte*, o seu uso cria uma atmosfera protetora que elimina qualquer contato de produtos inflamáveis com o ar atmosférico, prevenindo, por exemplo, explosões.

Por fim, na terceira função acima destacada, o Nitrogênio é usado para limpeza de equipamentos, sendo que sua utilização nessa função, evita o acúmulo de resíduos em tanques, vasos e demais equipamentos, prevenindo, assim, contaminação do produto final.

Volta a se referir quanto à natureza de insumo reportando-se ao Laudo Técnico apresentado pelo seu colaborador responsável por gerenciar os processos de industrialização realizados no seu estabelecimento, fazendo a transcrição de alguns trechos, para concluir, em relação a este produto, que o Nitrogênio é encontrado em estado gasoso, o qual é consumido imediatamente após a aplicação, e que deixar de considerar sua utilização no processo produtivo acarretaria (i) a inviabilização da produção, tendo em vista a perda de intensidade e qualidade no transporte (transferências) dos produtos químicos entre os vasos, tanques e demais equipamentos da planta industrial; (ii) a impossibilidade de manter a planta industrial em funcionamento, tendo em vista a essencial função prevenir explosões (pelo processo de inertização); e (iii) a imprestabilidade do produto final para o uso que comumente destinado, tendo em vista o alto risco de contaminação, a qual estaria sujeito.

Assevera por fim que o Nitrogênio configura verdadeiro material intermediário, que participa, ainda que indiretamente, do seu processo produtivo, autorizando-lhe a utilização dos créditos de ICMS relacionados à sua aquisição.

Adentra ao item 4 do lançamento, relacionado ao produto ácido clorídrico (HCL), explicando que se trata de uma solução aquosa, ácida, e normalmente utilizada como reagente químico, sendo um dos ácidos que se ioniza em solução aquosa, por isso também é utilizado como neutralizador, e que, por esta razão é frequentemente usado na indústria para neutralizar o efeito de resíduos cáusticos contaminantes da produção.

Explica que em seu processo produtivo as reações químicas que culminam no produto final resultam também em sobras de água com propriedades cáusticas que devem ser neutralizadas para que possam ser em seguida descartadas. Cita que essa neutralização é indispensável para evitar que a eliminação da água contamine o ambiente, informando, ainda, que adquire o ácido clorídrico com 30% de pureza e o utiliza para limpar a água que sobra do processo produtivo, ou seja, trata-se de produto usado como agente neutralizante do resíduo gerado no processo produtivo. Menciona e transcreve trecho de Laudo Técnico a este respeito, aduzindo, ainda, que o processo produtivo não se encerra com a produção do produto final, mas sim com a produção do produto final somada ao processo de neutralização dos resíduos, sobre os quais recai o Ácido Clorídrico.

Após tecer outras considerações a respeito deste tema, onde volta a citar a Decisão CAT nº 1/2001, que diz reconhecer como insumos os produtos “utilizados no tratamento de água afluente e efluente e no controle de qualidade e de teste de insumos e de produtos” e que, portanto geram

direito ao crédito de ICMS, constituindo-se destarte de mercadoria utilizada no processo produtivo como material intermediário, consumido instantaneamente após a aplicação, sendo essencial à produção, uma vez que sem ele não poderia efetuar o escoamento dos resíduos, por possuírem agentes contaminantes que inviabilizariam toda a produção. Com isso, considera legítimo o direito de escriturar e se utilizar dos créditos decorrentes da aquisição do Ácido Clorídrico.

Após pontuar suas conclusões a respeito do que intitula dos insumos Nitrogênio e Ácido Clorídrico, assim como discorrer a respeito do tema “*Inteligência da Regra de Não-Cumulatividade e o Critério da Essencialidade do Produto Adquirido no Processo Produtivo*”, onde transcreve decisão do STJ a respeito de crédito fiscal de energia elétrica por empresas de telecomunicações, destaca que ainda que se pudesse sustentar o entendimento de que os produtos químicos por ela adquiridos não teriam participado diretamente do processo produtivo e não se consumiram no ciclo industrial, no mínimo, deve-se considerar que são essenciais à produção dos produtos finais que são comercializados por seu estabelecimento e que estão diretamente relacionados ao processo produtivo, isto porque tais produtos são utilizados para neutralizar resíduos cáusticos (Ácido Clorídrico) e auxiliar a transferência de fluídos com segurança nas etapas da produção (Nitrogênio), os quais foram adquiridos unicamente para que pudessem ser utilizados em atividades vinculadas ao processo produtivo.

Desta forma conclui que sem esses produtos, a produção de defensivos agrícolas pelo seu estabelecimento se tornaria inviável, já que não seria possível o descarte dos resíduos cáusticos, a transferência de fluídos e a segurança nos tanques de produção, não havendo dúvidas de que esses produtos possuem relação direta com a sua atividade produtiva de modo que, também por tais motivos, deve ser reconhecido o direito ao creditamento de ICMS e o cancelamento dos itens nº 3 e 4 do lançamento.

No tópico seguinte da Defesa, ressalta que houve erro na metodologia adotada pela Fiscalização para cálculo do suposto crédito tributário, a qual, além de equivocada representa violação à sistemática constitucional do ICMS. A este respeito diz que a glosa de parte dos créditos apropriados não significa de imediato valor de imposto exigível, tornando necessário recompor a escrita fiscal e verificar se, desconsiderados os créditos, haverá montante do imposto ainda devido e, se houver o respectivo *quantum*.

Neste contexto ressalta, para que o lançamento fosse válido, deveria a autuante ter apurado todo o livro Registro de Apuração do ICMS e verificado se, nos períodos autuados, a autuada possuía saldo credor de imposto. Uma vez constatada a existência de saldo credor, caberia à Fiscalização “compensar” o saldo credor existente na escrita fiscal com os débitos que entendia devidos e que foram objetos do presente lançamento ao tempo em que, ao final desse procedimento, poderia ou não haver saldo remanescente a ser pago pela Impugnante.

Pontua que essa ausência de reconstituição da escrita fiscal viola o art. 142 do CTN, em seu parágrafo único, já que, ao seu entender, é dever da Fiscalização apurar todos os fatos e eventos que ensejaram o lançamento de ofício, incluindo a apuração minuciosa do crédito tributário que, ao entendimento do Fisco, seria devido. Com isso, pondera tratar-se de evidente precariedade que implica a nulidade de todo o ato do lançamento de ofício.

Passa a questionar ilegalidade da aplicação de multa com caráter confiscatório, ressaltando, dentre outras considerações, que a aplicação de multas em percentuais de 60% (Infrações nº 3 e 4) sobre o valor do tributo tem natureza confiscatória, sendo que, a este respeito o STF já se manifestou afastando a cobrança, citando decisões cujas ementas transcreveu. Com isso, argumenta que se mantida a exigência tributária, o que diz cogitar apenas por hipótese, minimamente deve ser reduzida para patamares proporcionais com a conduta que teria praticado.

Ao final, tece os seguintes pedidos:

1. requer, antecipadamente, a extinção das exigências contidas nos itens 1, 2, 5, 6 e 7 do Auto de

Infração em referência, com o consequente reconhecimento da extinção dos respectivos créditos tributários pelo pagamento, nos termos do art. 156, I, do CTN, cuja comprovação será realizada *a posteriori*.

2. o cancelamento do Auto de Infração no que toca aos itens remanescentes de nº 3 e 4, com o consequente arquivamento do presente processo administrativo por qualquer das razões que expôs.
3. ainda, na remota hipótese de não ser determinado o cancelamento do Auto de Infração, minimamente seja reconhecida a nulidade do lançamento em virtude da ausência de recomposição da escrita fiscal da Impugnante, nos termos do item V da presente Impugnação.
4. Por fim, reitera o pedido feito inicialmente para que as intimações referentes ao presente processo administrativo sejam encaminhadas tanto ao seu estabelecimento matriz, localizado na Avenida das Nações Unidas, 14.171, andares 10 aos 12 e 14 aos 17, Torre C, Crystal Tower, Condomínio Rochaverá, CEP: 04794-000, bem como aos seus advogados, Raquel Cristina Ribeiro Novais, Daniella Zagari Gonçalves e Marco Antônio Gomes Behrndt, inscritos respectivamente na OAB/SP nº 76.649, 116.343 e 173.362, todos com endereço na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 3.144, CEP 01451-000, São Paulo – SP.

A autuante presta informação fiscal, fls. 364 e 365, destacando inicialmente que a autuada reconhece a veracidade das infrações 1, 2, 5, 6 e 7 e que em relação às infrações 3 e 4 alega que tanto o Nitrogênio como o Ácido Clorídrico (HCL) são insumos necessários às suas atividades.

Diz em relação às Infrações nº 3 e 4, que apesar da autuada alegar que tanto o Nitrogênio como o Ácido Clorídrico (HCL) são insumos necessário em suas atividades, pontua que a questão já foi objeto de Consulta pelo contribuinte autuado que ficou ciente que o Nitrogênio não poderia ser considerado insumo, do mesmo modo o ácido clorídrico, tendo, inclusive, já sido autuado a respeito destas mesmas questões através do Auto de Infração de nº 207090.0005/13-2.

Reporta-se ao RICMS/BA, art. 93, § 1º, cuja transcrição efetua:

- salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias, matérias primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se que:

I - as mercadorias adquiridas ou serviços tomados :

a) estejam vinculados a 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;

Com isso, pontua que da análise das alegações do autuado o Ácido Clorídrico é utilizado como neutralizante de todo o efluente líquido orgânico da empresa (ajuste do ph do efluente) ou seja, é utilizado em momento posterior ao processo de industrialização, o que caracteriza o crédito indevido, e que, em relação ao Nitrogênio que é utilizado para inertização de vasos, tanques de processos e para controle e estabilização da pressão em vasos e colunas, assim como para descontaminação de tanques, vasos, tubulações e equipamentos, inexistem as condições exigidas pelo mencionado artigo regulamentar.

A este respeito salienta que através do Acordão JJF nº 0142-02/14, ficou decidido: *"item h) são materiais que não se integram ao produto fabricado pelo autuado e se consomem após o processo produtivo, de modo a recuperar os danos e resíduos contaminadores da produção ou de proceder a limpeza, preparação e aumentar a vida útil dos equipamentos produtivos, não estando vinculados diretamente a este processo produtivo."*

Reitera o teor da autuação para todas as Infrações.

Foi juntada petição protocolada pelo autuado, fls. 367 a 371, pontuando que em continuidade ao tópico nº III de sua Impugnação, comunica que em 05/02/2015 realizou o pagamento integral dos

itens nº 1, 2, 5, 6 e 7 do auto de infração em guia única, totalizando o montante de R\$135.694,05, remanescendo a discussão de mérito exclusivamente quanto aos itens nº 3 e 4 do lançamento.

VOTO

Conforme relatado, não existe qualquer discussão em relação às infrações 1, 2, 5, 6 e 7 do presente Auto de Infração, as quais foram reconhecidas como devidas pelo autuado que efetuou o pagamento respectivo, cabendo à autoridade competente desta SEFAZ analisar tal recolhimento e, após, efetuar a devida homologação, ficando destarte extinto o crédito tributário em relação a estas infrações. Com isso, passo a me pronunciar quanto às infrações 3 e 4, únicas objeto da lide.

O item 3, trata de glosa de crédito relativo às aquisições de Nitrogênio (N2), que, segundo a descrição efetuada pela própria autuada, este produto tem as seguintes aplicações:

- é usado como energia auxiliar **para permitir o transporte interno de fluídos entre as várias etapas de produção** (vasos, tanques de processo e de carretas);
- controla e estabiliza a pressão em vasos e colunas, **agindo como principal elemento para assegurar a segurança do processo** – é essencial para prevenir, por exemplo, explosões;
- é **usado para realização da limpeza dos tanques, vasos, tubulações e demais equipamentos**, permitindo que o ciclo produtivo seja reinicializado e evitando a contaminação dos produtos industrializados pela Impugnante.

Portanto, à luz dos itens acima, pode-se concluir que o Nitrogênio não integra o produto final como elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, não se constituindo, desta maneira, em insumos industriais ou produto intermediário, tendo como características as funções de elemento de limpeza e de segurança. Logo, se trata de caso típico de material para consumo próprio pelo estabelecimento visto que sua utilização não ocorre no momento em que esta sendo concretizada a efetiva produção.

Quanto ao item 4, relacionado à glosa de créditos nas aquisições de Ácido Clorídico (HCL), o autuado pontuou que *“em seu processo produtivo as reações químicas que culminam no produto final resultam também em sobras de água com propriedades cáusticas que devem ser neutralizadas para que possam ser em seguida descartadas. Cita que essa neutralização é indispensável para evitar que a eliminação da água contamine o ambiente, informando, ainda, que adquire o ácido clorídrico com 30% de pureza e o utiliza para limpar a água que sobra do processo produtivo, ou seja, trata-se de produto usado como agente neutralizante do resíduo gerado no processo produtivo”*.

Como visto e considerando a própria declaração do autuado, se trata de um produto que é utilizado após a conclusão do processo produtivo, com o fim de neutralizar os agentes poluentes presentes nos resíduos que necessitam ser descartados, configurando-se, desta maneira, em um elemento químico empregado no tratamento de efluentes. Em relação a esta questão, é pacífica a jurisprudência predominante neste órgão julgador administrativo, de que se trata de material para uso e consumo próprio pelo estabelecimento e, por esta razão, não há previsão legal em vigor para utilização do crédito fiscal.

Em ambas as situações, itens 3 e 4, não há qualquer ofensa ao princípio da não-cumulatividade do imposto, visto que, por se tratarem, neste caso, de aquisições destinadas ao uso e consumo próprio pelo estabelecimento, a previsão para utilização dos créditos fiscais só será possível com as operações que forem realizadas a partir de 1º de janeiro de 2020 (LC 87/96).

As instruções normativas originadas de outros estados, ante ao princípio da territorialidade, bem como da Receita Federal e de Tribunais Superiores mencionadas pelo autuado, por não possuírem caráter vinculante, não podem ser aplicadas para fatos ocorridos no âmbito do Estado da Bahia, que possui legislação própria. Registre-se que a decisão do CONSEF mencionada na defesa, em nada lhe socorre, pois se trata de matéria divergente da que ora se analisa.

No que pertine ao argumento de que deve ser levado em consideração o critério da essencialidade dos produtos adquiridos em seu processo produtivo, vejo não ser o caso, posto que não houve comprovação de que esses produtos participam diretamente do processo produtivo.

Em relação ao argumento de ilegalidade na multa de 60% aplicada em relação às infrações 3 e 4 registro que esta é a legalmente prevista pela legislação tributária estadual em vigor e sua aplicação está em consonância com a Lei nº 7.014/96, ressaltando, ainda, que de acordo com o art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade.

Finalmente, o autuado fez, a meu ver, uma importante abordagem acerca da recomposição da sua escrita fiscal e de verificação de saldo credor de ICMS, fato este que, apesar de não ter sido abordado pela autuante quando prestou sua informação fiscal, passarei, por dever de ofício, a me manifestar a este respeito, por entender que os elementos presentes aos autos não indicam situação para declaração de nulidade do lançamento, conforme requerido pelo autuado.

Os fatos geradores das ocorrências descritas pelas infrações 3 e 4, relacionadas a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, ocorreram durante o exercício de 2010. Nessa época vigia a seguinte regra estabelecida pelo Art. 42, inciso VII “a” da Lei nº 7.014/96, *verbis*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;

Apesar de, para a situação aqui tratada, não implicar necessariamente que deve ser refeita a conta corrente fiscal do contribuinte, vejo através da cópia do livro RAICMS do autuado, fls. 186 a 286, juntadas aos autos pela própria autuante, que durante todo o decorrer do exercício de 2010 o autuado apresentou saldo credor em sua escrita fiscal, tendo inclusive transferido valor oriundo de exercício anterior, e, por igual, também transferido para o exercício seguinte, 2011, o valor de R\$389.296,73.

Diante da situação acima, entendo que não cabe a exigência do imposto na forma consignada no presente Auto de Infração para as infrações 3 e 4, pois não implicou em descumprimento de obrigação principal, devendo prevalecer, entretanto, apenas a multa de 60% indicada pela autuante, de acordo com a regra legal acima transcrita. Vale registrar, porém, que o autuado deverá efetuar o estorno dos aludidos créditos, conforme determina o inciso VII do referido Art. 42 da Lei nº 7.014/96. Por outro ângulo, a Fiscalização observará qual a repercussão desses créditos nos períodos seguintes devendo adotar, caso necessário, as providências pertinentes.

Com isso, as infrações 3 e 4 restam parcialmente subsistentes nos valores de R\$13.332,53 e R\$16.042,18 que totalizam R\$29.374,71, equivalente a multa de 60% calculada sobre os valores originais lançados, inexistindo motivação para cancelamento das mesmas, conforme pleiteado pelo autuado.

| DEMONSTRATIVO DE DÉBITO | | | |
|-------------------------|--------------|------------------|----------------------|
| INFRAÇÃO 3 | | | |
| D.OCORRÊNCIA | D.VENCIMENTO | VLR. DO IMPOSTO | VLR. DA MULTA DE 60% |
| 30/01/2010 | 09/02/2010 | 4.954,53 | 2.972,72 |
| 28/02/2010 | 09/03/2010 | 2.505,59 | 1.503,36 |
| 30/03/2010 | 09/04/2010 | 3.170,04 | 1.902,02 |
| 30/04/2010 | 09/05/2010 | 1.039,93 | 623,96 |
| 30/05/2010 | 09/06/2010 | 5.545,75 | 3.327,45 |
| 30/06/2010 | 09/07/2010 | 3.094,84 | 1.856,90 |
| 30/09/2010 | 09/10/2010 | 1.910,20 | 1.146,12 |
| SUBTOTAL DA 3 | | 22.220,88 | 13.332,53 |

| INFRAÇÃO 4 | | | |
|--------------------------------|--------------|------------------|----------------------|
| D.OCORRÊNCIA | D.VENCIMENTO | VLR. DO IMPOSTO | VLR. DA MULTA DE 60% |
| 28/02/2010 | 09/03/2010 | 5.354,48 | 3.212,69 |
| 30/03/2010 | 09/04/2010 | 3.791,34 | 2.274,80 |
| 30/05/2010 | 09/06/2010 | 1.670,76 | 1.002,46 |
| 30/07/2010 | 09/08/2010 | 5.296,93 | 3.178,16 |
| 30/08/2010 | 09/09/2010 | 2.661,79 | 1.597,07 |
| 30/10/2010 | 09/11/2010 | 5.281,79 | 3.169,07 |
| 30/12/2010 | 09/01/2011 | 2.679,88 | 1.607,93 |
| SUBTOTAL DA 4 | | 26.736,97 | 16.042,18 |
| TOTAL - INFRAÇÕES 3 E 4 | | | 29.374,71 |

Quanto ao pedido para encaminhamento das intimações na forma requerida pelo patrono do autuado nada impede que o setor próprio deste órgão julgador atenda tal pedido, entretanto observo que as intimações relacionadas ao processo administrativo fiscal obedecem ao disposto pelo Art. 108 do RPAF/BA, sendo que, por isso, o não atendimento do pleito do autuado não se configura motivo para nulidade dos atos processuais.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, nos valores devidos a título de imposto concernentes às infrações 1, 2, 5, 6 e 7 que totalizam R\$91.407,50 cujo valor já recolhido deverá ser homologado e extinto o crédito tributário, nos termos do Art. 156, I, do CTN, além das multas no total de R\$29.374,71 relativas às infrações 3 e 4, que deverão ser pagas pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **148714.0075/14-0** lavrado contra **BASF S/A.**, com imposto no valor de **R\$91.407,50**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o autuado ser intimado para o pagamento das multas percentuais no total de **R\$29.374,71**, previstas no inciso VII, “a”, do mesmo Diploma Legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, em 21 de julho de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR