

PROCESSO - A. I. Nº 281082.0025/13-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A.
RECORRIDOS - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0204-05/15
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0073-12/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAIS DE USO E CONSUMO. 2. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. Tanto o nitrogênio quanto o Freon 22 são gases denominados inertes. Ou seja, não reagem, não compõem a sucessão de reações químicas destinadas à fabricação do produto final. Suas propriedades são muito mais físicas do que químicas, pois operam com o objetivo de controle de temperatura. O crédito, na sua acepção física, somente é gerado na entrada de bens que se destinam a sair do estabelecimento ou a integrar produtos na qualidade de insumos. Nessa lógica, somente se admite o direito pretendido pelo contribuinte, de crédito, quando são consumidos e colocados em contato com o processo fabril. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão 5ª JJF nº 0204-05/15 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, que apresenta a peça de irresignação respaldado no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado no dia 25/06/2013 para exigir crédito tributário no valor histórico total de R\$ 2.275.719,35, sob a acusação do cometimento de 03 (três) irregularidades, das quais apenas as duas primeiras permanecem em lide. A terceira imputação, no valor de R\$ 1.690.679,53, julgada procedente em primeira instância, foi reconhecida e paga pelo fiscalizado, com os benefícios da Lei nº 13.449/2015, de acordo com o documento de fls. 565/566.

Ambos os Recursos resultam de terem sido julgadas parcialmente procedentes as infrações 01/02. A desoneração decorreu do fato de a JJF ter concluído que nitrogênio e gás Freon 22 são produtos intermediários, e não materiais de consumo.

Infração 01 - Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de materiais para uso e consumo. R\$ 572.070,31 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais de uso e consumo. R\$ 12.969,51 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 12/09/2015 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 497 a 511), nos seguintes termos:

" VOTO

O Auto de Infração em epígrafe contempla 3 (três) infrações conforme foi detalhadamente apresentado no relatório acima, parte integrante deste Acórdão.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade argüido pelo defendant, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais. Estão corretamente determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, estando todos os itens da autuação acompanhados de levantamentos e documentos, que permitiram a ampla defesa e o contraditório, cujas questões que envolvam erros na apuração do débito serão apreciadas por ocasião do exame de mérito.

Portanto, o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se decretar a nulidade do presente lançamento.

Adentrando agora nas questões de ordem substancial, verifico que na infração 1 é exigido ICMS por utilização indevida de crédito fiscal dos produtos: nitrogênio gás tubovia, nitrogênio líquido tq. carreta, GLP (gás liquefeito de petróleo), hipoclorito de sódio 10-16%, freon 22 compressor 50/56 kg; produto multifuncional 23230 11 L - 30 kg; inibidor de corrosão trasar 3 DT 185.11 40 Kg, dispersante inorg. trasar 3DT 102.1.24 kg; biodispersante org. nalsperse 7348.11R 25 Kg; biocida não oxidante 7330NR.11R 25 kg; Polímero disrs. inorg nezguard 22300.11R; biodispersante nalsperse 7308.11L - 25 kg; e, algicida nalco 90005.11 - 18 kg, etc.

Todos os produtos objetos da glosa se encontram listados nos demonstrativos constantes do Doc. I inseridos às fls. 14 a 31 dos autos do processo.

Passarei a analisar cada um dos itens objeto da referida exigência fiscal. Tomo por base as informações prestadas pelo autuante e pela empresa autuado, em especial, o Laudo Técnico do IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas) ligado à USP (Universidade de São Paulo) que foi juntado ao PAF, às fls. 251 a 480. Neste laudo é descrito no item 6 (págs. 389/401), de forma minuciosa o processo de produção da mercadoria CAPROLACTMA - CPL, que é fabricada na unidade fiscalizada e a participação de cada item objeto dos estornos de créditos fiscais.

Segundo o autuante o nitrogênio gás tubovia e o nitrogênio líquido, como informado pela própria autuado, são materiais utilizados para inertizar os sistemas onde há risco de corrosão, incêndio ou explosão, funcionando na segurança operacional de forma preventiva além de ter a função de purgar do sistema elementos indesejáveis, caracterizando-se como material de uso e consumo.

Observando todavia o laudo técnico juntado pela defesa e produzido por Instituto independente verifica-se que o gás nitrogênio, no processo de produção da CAPROLACTMA - CPL impede que o oxigênio do ar entre em contato com os produtos utilizados (matérias -primas). Conforme destacado às fls. 390/391 o nitrogênio é inserido no meio reacional para diluição do oxigênio a níveis de 5%, tendo a função de controlar a reação química. Uma vez cumprida essa função, o mesmo é descartado do reator, devendo ser resposto continuamente. Evita-se assim que as reações químicas necessárias à produção do CAPROLACTMA - CPL sejam afetadas por níveis de concentração de oxigênio indesejáveis (acima de 5%), que poderiam provocar explosões e incêndios que levariam a descarte as matérias primas inseridas no processo, provocando também danos aos equipamentos da fábrica. É destacado ainda no referido Laudo Técnico que o nitrogênio gasoso é utilizado diretamente para a realização de testes visando a integridade dos vasos de pressão da indústria, necessários para que as reações químicas ocorram em níveis de pressão adequados, além de condicionamento e purga de equipamentos, que para operar, não podem sofrer contaminação de água. Já o nitrogênio líquido, que se encontra neste estado à temperatura de aproximadamente - 196 °C, é um material utilizado em caso de emergência, nas situações em que não é possível o uso do nitrogênio gasoso, a exemplo da interrupção de fornecimento desse gás, sendo também aplicado nas funções acima descritas, ocasião em que o mesmo é gaseificado.

Pelo exposto, é de se concluir que a participação do nitrogênio no processo fabril do autuado é de fundamental importância, e a sua ausência importaria em impedir que as reações químicas ocorressem em conformidade com o descritivo do processo de produção da CAPROLACTMA - CPL. Trata-se portanto, de item necessário e indispensável ao processo fabril, não se incorporando porém ao produto final. Enquadra-se, portanto, na categoria de produto intermediário, que enseja direito à apropriação do crédito fiscal na conta corrente do ICMS.

Em relação ao gás Freon 22, conforme descritivo existente nos autos (fls. 399), trata-se de um gás refrigerante, comumente empregado quando se necessita de remoção de energia do processo, operando, dessa forma, em ciclos de troca térmica. As reações químicas que levam à produção da CAPROLACTMA - CPL são em regra exotérmicas, ou seja, liberam calor, sendo necessário se proceder ao resfriamento das tubulações e equipamentos mantendo-se o nível adequado de temperatura do processo produtivo e paralelamente a conservação dos ativos da fábrica. Trata-se também de produto diretamente ligado ao processo de transformação das matérias primas, funcionamento como elemento de troca de calor, variável de suma importância na atividade fabril do autuado, que contempla diversas reações químicas até a geração do produto

final. Enquadro-o também com produto intermediário, com direito a crédito na conta corrente fiscal do ICMS.

No que se refere ao GLP (gás liquefeito de petróleo) o próprio descritivo apresentado pela empresa autuado revela que este item é empregado como combustível para queima de gases residuais do processo fabril (incinerador - flare), visando posterior descarte no meio-ambiente. Por este descritivo, percebe-se, sem maior esforço, que este item não faz parte nem integra diretamente as etapas produtivas do autuado, que é essencialmente um processo composto por diversas reações químicas. Portanto, o uso do GLP se dá em etapa distinta, não tendo qualquer relação direta com a transformação das matérias primas. Por sua vez, as soluções de consulta apresentadas pela defesa dizem respeito a situações em que o emprego de GLP é distinto, estando vinculadas principalmente à geração de energia térmica para transformação ou beneficiamento de matérias-primas. Este item deve ser mantido na autuação.

Em relação aos demais produtos já acima listados, a exemplo de hipoclorito de sódio 10-16%; produto multifuncional 23230 11 L - 30 kg; inibidor de corrosão trasar 3 DT 185.11 40 Kg, dispersante inorg. trasar 3DT 102.1.24 kg; biodispersante org. nalsperse 7348.11R 25 Kg; biocida não oxidante 7330NR.11R 25 kg; Polímero disrs. inorg nezguard 22300.11R; biodispersante nalsperse 7308.11L - 25 kg; e, algicida nalco 90005.11 - 18 kg, etc., podemos enquadrá-los na categoria de inibidores de corrosão em sistemas de refrigeração e produtos destinados a eliminar microorganismos, a exemplo, de algas e bactérias, nos sistema de água da fábrica, a exemplo da água clarificada. Refere-se a produtos destinados a evitar que os equipamentos e tubulações da unidade fabril sofram corrosões e incrustações indesejáveis. Operam também no controle microbiológico daqueles equipamentos e tubulações.

Conforme jurisprudência reiterada desse Conselho Estadual de Fazenda, em decisões de 1º e 2º graus, algumas delas citadas na peça informativa, a exemplo dos Acórdãos 0152-11/11; 0137-02/12; os insumos utilizados no sistema de água de resfriamento, para efeito de evitar corrosão nos equipamentos, não ensejam crédito fiscal de ICMS. De acordo com o Acórdão nº 0049-04/11: O sistema de resfriamento de água tem a função de gerar menores temperaturas para as correntes intermediárias do processo, deixando-as, desse modo, em condições de serem processadas até a sua transformação em produto final. O método consiste em transferência de calor de um fluido mais quente (corrente de processo) para outro mais frio (água de resfriamento) por intermédio do contato entre ambos. A água que resfria as correntes – ao se aquecer – permite que os seus sais se tornem insolúveis e, junto com microorganismos, se depositem nas paredes dos trocadores de calor, o que pode danificá-los através da corrosão e ocasionar a parada da planta. Para evitar isso é que são usados os produtos DISPERSANTE SISTEMA RESFRIAMENTO e TRASAR 73202. Portanto, tais materiais, apesar de importantes, desempenham um papel secundário na industrialização, não sendo possível afirmar que se caracterizam como matérias-primas, produtos intermediários, essenciais, ou integrados ao produto final na condição de indispensáveis. O combate ao depósito de sais e microorganismos, bem como à corrosão, pode ser levado a efeito por outros meios que não sejam o uso de DISPERSANTE SISTEMA RESFRIAMENTO e TRASAR 73202. Concluo que não fazem parte do processo de produção, por serem inseridos em uma corrente secundária (água de resfriamento), que não é parte da industrialização propriamente dita, com a função tão somente de prevenir danos aos equipamentos da planta.

Não acato, portanto, o pleito do contribuinte para que se proceda à retirada dos produtos classificados como inibidores e biocidas da autuação.

A infração 2 é reflexa da infração 1, e alcança a exigência de ICMS a título de DIFAL. Este item é procedente em parte, com a exclusão dos itens nitrogênio gasoso e líquido e gás freon 22.

Com a exclusão dos produtos nitrogênio gás tubovia, nitrogênio líquido e gás freon 22, os Demonstrativos de Débito das infrações 1 e 2 passam a ter a configuração reproduzida nas tabelas abaixo: [planilha de fls. 509/510].

Por fim, em relação à infração 3, a exigência de ICMS se deu em razão do contribuinte ter efetuado saídas de produtos fabricados em transferência a outro estabelecimento da mesma empresa, com preço inferior ao custo de produção. Foi incluído pelo autuante, de acordo com o Demonstrativo apensado à fl. 197, o custo com depreciação de bens do ativo fixo, que, por sua vez, foram informados pelo contribuinte no Relatório de Produção reproduzido no CD Anexo (fl. 65).

De acordo com o disposto no art. 17, § 7º, II, da Lei nº 7.014/96:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

.....
§ 7º Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é:

.....
II - o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento.

A norma legal aplicável ao caso, acima reproduzida é de textura aberta e faz referência a custo da mercadoria produzida, ou seja, todos os elementos de custos computados pela empresa no processo fabril, que é variável de acordo com o sistema contábil ou plano de contas adotado por cada contribuinte. No caso específico, o autuante se valeu das informações prestadas pelo próprio sujeito passivo, contidas no CD juntado ao PAF, que contempla no custo dos produtos transferidos, os valores de depreciação dos ativos imobilizados vinculados à atividade produtiva.

Diferentemente, nas operações interestaduais, a Lei Complementar 87/96 (art. 13, § 4º, inc. II), estabelece a base de cálculo das transferências de forma taxativa, com a inclusão tão somente dos itens matéria-prima, produto intermediário, mão de obra direta e material de embalagem. Essa norma não é aplicável ao caso em exame, que envolve exclusivamente operações de transferências internas.

Isto porque o ICMS, por ser tributo de competência estadual, apresenta alíquotas diferenciadas em função da origem e do destino das mercadorias e serviços tributados, e visando preservar o equilíbrio federativo e a repartição das receitas do imposto entre as unidades federadas envolvidas na operação.

Nos termos do art. 167, do RPAF/99 é inaplicável a Súmula 166 do STJ ao caso em lide, visto que ao julgador administrativo é vedada a possibilidade de deixar de aplicar norma vigente no ordenamento ou decretar a inconstitucionalidade de lei integrante do sistema tributário. No tocante ao pedido subsidiário, de sobrerestamento do processo, nos termos do art. 168, indefiro o mesmo, podendo este requerimento ser renovado em um eventual Recurso a ser proposto para uma das Câmaras do CONSEF, que conta com a participação obrigatória da Procuradoria Estadual, nos termos do art. 118 da norma regulamentar citada.

Ademais essa questão ainda não foi pacificada no STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário do Brasil, em ação direta de controle concentrado de constitucionalidade ou através de Decisão de seu colegiado com repercussão geral, nem mesmo houve edição de Súmula Vinculante.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte configuração quanto aos valores remanescentes:

*Infração 1: R\$ 40.170,23 (procedente em parte);
Infração 2: R\$ 12.872,89 (procedente em parte); e,
Infração 3: R\$ 1.690.679,53 (procedente)".*

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 5^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF 0204-05/15.

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 547 a 560, no qual, inicialmente, às fls. 548 a 556, dedica-se a combater a Decisão concernente à infração 3, cuja procedência foi posteriormente reconhecida, às fls. 565/566.

Em seguida, relativamente às infrações 1 e 2, descreve as funções dos materiais fiscalizados, especialmente aqueles cujas glosas de crédito foram mantidas na Decisão de primeiro grau, como os aditivos de água clarificada, utilizados como anticorrosivos, dispersantes, anticlorificantes e biocidas; e o gás GLP, usado na queima de efluentes.

Água clarificada tem função idêntica à do Freon 22, de resfriar correntes do processo industrial, motivo pelo qual não vê razões para que este seja considerado produto intermediário e aquela não. Ressalta que a possibilidade de determinados itens serem substituídos por outros não lhes subtrai a natureza de insumo – a exemplo daqueles destinados ao controle de sais e microorganismos -, e que é necessário evitar o desgaste precoce dos equipamentos do parque industrial.

Quanto ao GLP, transcreve, às fls. 558/559, “solução de consulta do Fisco baiano” para fundamentar o entendimento de que deve ser tido como insumo, inclusive porque o despejo dos resíduos no meio ambiente poderia causar efeitos indesejados.

Encerra pleiteando o conhecimento e provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 581 a 584, da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, assinala que, em que pese o laborioso argumento construído pela sociedade empresária, não há como emprestá-lo guarida.

Tece considerações acerca do direito ao crédito e do princípio da não cumulatividade (art. 155, II, § 2º, I da CF/1988) e ressalta ser imprescindível a movimentação física do bem, ou seja, que passe de uma fase de circulação para outra, inserido intrinsecamente no produto objeto da fase seguinte ou inserido conceitualmente no bem posterior pelo desaparecimento, em face do seu consumo integral.

Em suma, o crédito, na sua acepção física, somente é gerado na entrada de bens que se destinam a sair do estabelecimento ou a integrar produtos na qualidade de insumos. Nessa lógica, somente se admite o direito pretendido pelo contribuinte, de crédito, quando os bens são consumidos e colocados em contato com o processo fabril, o que não ocorre com os itens em enfoque, porquanto inseridos em linhas marginais.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso de Ofício - Infrações 1 e 2)

De acordo com o que restou acima exposto, a remessa necessária resulta do fato de a JJF, relativamente às infrações 1 e 2, ter entendido que nitrogênio e gás Freon 22 são produtos intermediários, e não materiais de uso e consumo.

Ressalte-se, para melhor entendimento da questão, que a legislação do ICMS da Bahia adota o critério do crédito físico, disposto no art. 93, § 1º, I do RICMS-BA/1997, em vigor quando das ocorrências.

A partir da interpretação do referido dispositivo regulamentar, somente se pode chegar a uma conclusão, qual seja: de que não importa, em termos de direito ao crédito, a essencialidade do bem ou as eventuais consequências advindas da sua não utilização, sejam industriais, sejam ambientais. Muito embora pareça injusto aos olhos dos que defendem o crédito financeiro, é de nenhuma importância tributária o fato de que sem o uso do material as temperaturas alcançariam níveis perigosos ou o meio ambiente restaria prejudicado, uma vez que o art. 93, § 1º, I do RICMS-BA/1997, cuja eficácia não pode ser negada por esta Câmara (art. 167, III do RPAF-BA/1999), não contemplou tais aspectos.

Não há unanimidade nesta Corte Administrativa em relação ao tema (vide Decisões abaixo transcritas). Por exemplo, no que tange ao nitrogênio, ao menos um Acórdão de segunda instância, número 0368-12/14, de relatoria do i. conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo, trilhou por fundamentos semelhantes aos defendidos pelo recorrido. Entretanto, outros não.

Acórdão CJF 0143-11/09 (indeferiu o crédito referente ao nitrogênio).

Quanto à terceira infração, a qual está intrinsecamente ligada à infração 2, exige o crédito indevido do ICMS decorrente referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, consoante os mesmos demonstrativos acima citados, cujos produtos adquiridos são: nalco, nitrogênio, hipoclorito de sódio e soda cáustica, notoriamente produtos utilizados no tratamento da água de refrigeração (nalco) ou no tratamento de efluentes (hipoclorito de sódio e soda cáustica), assim como na limpeza de equipamentos (nitrogênio). Logo, caracterizados como material de consumo por não serem utilizados no processo produtivo e consumidos a cada etapa de produção como elemento integrado e indispensável ao produto final, como bem pontuou a Decisão recorrida.

Acórdão CJF 0368-12/14 (indeferiu o crédito concernente ao gás freon 22 e admitiu o relativo ao nitrogênio).

O gás Freon 22 compressor 50/56 kg, como informa o próprio recorrente, trata-se de um regulador de temperatura da torre de condensação e na recuperação de gases do silo de purga do produto, logo, não se contaminando com o processo produtivo, considerando-se como material de consumo.

(...)

Assim, em que pese o contribuinte não ter direito ao crédito fiscal relativo às aplicações do nitrogênio para realização de testes de pressão, nas operações de regeneração dos materiais absorventes, como também para purga dos equipamentos quando da manutenção, vislumbro que lhe cabe direito ao crédito fiscal nas entradas de nitrogênio aplicadas no processo produtivo, como acima relatado, no percentual de 98% de suas aquisições, glosando-se o crédito relativo ao índice de 2%, conforme considerou o próprio fisco nos Autos de Infrações nº 271330.0008/12-8 e 271330.0002/10-3, por se caracterizar como material de uso e consumo, índice este proporcional ao nitrogênio utilizado no procedimento de purga de hidrocarbonetos, testes de pressão e regeneração dos materiais absorventes.

Acórdão CJF 0355-11/13 (indeferiu o crédito referente ao nitrogênio).

Alguns outros produtos objeto da autuação são característicos de uso e consumo (vide fls. 1876/1879), a exemplo de: óleos lubrificantes (utilizados nas máquinas; carga, detonadores e espoletas elétricas, explosivos e emulsão (utilizados na fase de pesquisa); removedores de sujeiras (Biodex); nitrogênio industrial (inertização/evitar explosão); acetileno (solda de acessórios de aço); disjuntor (material elétrico); gás freon (ar condicionado).

Muito bem, o art. 93, § 1º, I do RICMS-BA/1997 estatui que a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que as mercadorias adquiridas e os serviços tomados estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação; sejam consumidos nos processos ou 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.

Apesar de o preceptivo regulamentar ter utilizado a conjunção “ou”, fato é que, por consectário lógico e teleológico, para fins de direito de crédito, os três requisitos devem ser atendidos, sendo este o entendimento predominante no CONSEF/BA: (i) o material deve guardar vínculo com a industrialização, (ii) deve ser consumido no processo e (iii) deve integrar o produto final na condição de elemento indispensável.

Portanto, como dito, não é a essencialidade o elemento primordial no sentido de determinar ou não o direito ao crédito, mas o preenchimento das três condições acima discriminadas, o que não ocorre com nitrogênio, tampouco com Freon 22, gases inertes que não integram o produto final na condição de elementos indispensáveis, situação inclusive percebida pelos julgadores da instância de base, no que diz respeito ao nitrogênio.

“Trata-se portanto, de item necessário e indispensável ao processo fabril, não se incorporando porém ao produto final”.

O gás Freon 22 é usado na remoção de energia do processo. Opera em ciclos de troca térmica. Como bem asseverou o i. relator “a quo”, “as reações químicas que levam à produção da CAPROLACTAMA - CPL são em regra exotérmicas, ou seja, liberam calor, sendo necessário se proceder ao resfriamento das tubulações e equipamentos mantendo-se o nível adequado de temperatura do processo produtivo (...)”. Tem função similar à da água de resfriamento e não integra o produto final em qualquer condição.

Como já disse, tanto o nitrogênio quanto o Freon 22 são gases denominados inertes. Isso porque não reagem, não compõem a sucessão de reações químicas destinadas à fabricação do produto final. Suas propriedades são muito mais físicas – a exemplo do ajuste da concentração de oxigênio na produção de ciclohexano - do que químicas, pois operam com o objetivo de controle de temperatura, pressão, concentração etc.

Assim, voto pelo provimento do Recurso de Ofício.

No tocante ao Recurso Voluntário, faço minhas as acertadas palavras do i. procurador Parecerista, Dr. José Augusto Martins Junior, pois, assim como ele, com fulcro na legislação em vigor nas datas em que ocorreram os fatos geradores, cuja eficácia este órgão não tem atribuição legal para negar (art. 167, III do RPAF-BA/1999), entendendo “ser imprescindível a movimentação física do bem, ou seja, que passe de uma fase de circulação para outra, inserido intrinsecamente no produto objeto da fase seguinte ou inserido conceitualmente no bem posterior pelo desaparecimento, em face do seu consumo integral. Em suma, o crédito, na sua acepção física, somente é gerado na entrada de bens que se destinam a sair do estabelecimento ou a integrar produtos na qualidade de insumos. Nessa lógica, somente se admite o direito pretendido pelo contribuinte, de crédito, quando são consumidos e colocados em contato com o processo fabril, o que não ocorre com os itens em enfoque, (...)”.

O GLP (gás liquefeito de petróleo) é empregado como combustível para queima de gases residuais do processo fabril no incinerador “flare”, visando posterior descarte no meio ambiente.

Não faz parte nem integra as cadeias de produção, assim como anticorrosivos, dispersantes, anticlorificantes, biocidas e similares (utilizados na água de resfriamento).

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, com a homologação dos valores já pagos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício)

Peço vênia para divergir do i. relator, quanto ao mérito do presente Recurso de Ofício, no que diz respeito ao restabelecimento dos valores exigidos e relativos ao Gás Nitrogênio, pois, conforme já consignado na Decisão recorrida, fundamentada em laudo técnico do Instituto de Pesquisa Tecnológicas (IPT), o aludido produto atua, no processo de produção da CAPROLACTMA – CPL, como “fluído de selagem” para evitar contato excessivo do oxigênio com as matérias-primas utilizadas na formação do produto final, impossibilitando uma atmosfera explosiva, o que levaria a descarte as matérias primas inseridas no processo.

Portanto, o Gás Nitrogênio age como agente estabilizador da atmosfera necessária à reação química desejada no processo de produção da CAPROLACTMA – CPL, se misturando e se envolvendo intrinsecamente na cadeia produtiva como agente de estabilidade, logo, em consequência, com direito ao crédito fiscal oriundo de suas aquisições, sendo indevida a glosa dos créditos fiscais e a exigência da diferença entre as alíquotas do ICMS atinentes ao aludido produto (Gás Nitrogênio), como acertadamente foi decidido no Acórdão recorrido.

Em consequência, por concordar apenas com o restabelecimento dos valores relativos ao “Gás Freon”, conforme termos postos no voto do ilustre Conselheiro Relator, sou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício para restabelecer tão-somente os valores inerentes ao “Gás Freon 22”, mantendo-se a desoneração quanto aos valores relativos ao Gás Nitrogênio, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 1

INF	D.OCORR.	D.VENCIM.	VLR. A. I.	VLR. JJF	VLR. CJF	MULTA
1	31/01/2009	09/02/2009	12.239,50	1.321,91	1.321,91	60
1	28/02/2009	09/03/2009	24.599,12	1.050,08	1.050,08	60
1	31/03/2009	09/04/2009	24.609,36	8.157,76	8.157,76	60
1	30/04/2009	09/05/2009	19.356,74	1.486,86	1.486,86	60
1	31/05/2009	09/06/2009	20.847,20	8.361,88	9.098,98	60
1	30/06/2009	09/07/2009	40.765,55	2.113,26	2.113,26	60
1	31/07/2009	09/08/2009	47.366,43	5.001,45	5.001,45	60
1	31/08/2009	09/09/2009	13.378,02	-	-	60
1	30/09/2009	09/10/2009	16.966,31	-	-	60
1	31/10/2009	09/11/2009	46.234,22	-	-	60
1	30/11/2009	09/12/2009	17.564,33	3.666,04	3.666,04	60
1	31/12/2009	09/01/2010	9.306,72	662,50	753,35	60
1	31/01/2010	09/02/2010	10.643,87	809,59	809,59	60
1	28/02/2010	09/03/2010	8.831,94	91,31	91,31	60
1	31/03/2010	09/04/2010	10.901,03	193,20	193,20	60
1	30/04/2010	09/05/2010	11.412,24	527,91	527,91	60
1	31/05/2010	09/06/2010	10.890,70	263,36	263,36	60
1	30/06/2010	09/07/2010	29.310,17	-	-	60
1	31/07/2010	09/08/2010	9.996,39	354,67	354,67	60
1	31/08/2010	09/09/2010	10.238,85	505,62	505,62	60
1	30/09/2010	09/10/2010	8.345,88	-	-	60
1	31/10/2010	09/11/2010	9.188,87	914,99	914,99	60
1	30/11/2010	09/12/2010	8.461,85	166,29	166,29	60
1	31/12/2010	09/01/2011	4.174,29	528,23	528,23	60
1	31/01/2011	09/02/2011	9.419,61	-	-	60
1	28/02/2011	09/03/2011	8.516,08	359,63	359,63	60
1	31/03/2011	09/04/2011	14.803,05	301,51	301,51	60
1	30/04/2011	09/05/2011	10.542,23	514,25	655,26	60
1	31/05/2011	09/06/2011	5.202,31	62,05	62,05	60
1	30/06/2011	09/07/2011	30.211,60	582,07	582,07	60

1	31/07/2011	09/08/2011	6.289,17	52,25	52,25	60
1	31/08/2011	09/09/2011	15.951,80	658,06	658,06	60
1	30/09/2011	09/10/2011	10.648,19	474,02	474,02	60
1	31/10/2011	09/11/2011	12.459,33	402,01	402,01	60
1	30/11/2011	09/12/2011	10.809,48	-	-	60
1	31/12/2011	09/01/2012	11.587,88	587,47	587,47	60
TOTAL DA INFRAÇÃO 1			572.070,31	40.170,23	41.139,19	

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 2

INF	D.OCORR.	D.VENCIM.	VLR. A. I.	VLR. JJF	VLR. CJF	MULTA
2	31/12/2009	09/01/2010	984,31	946,45	984,31	60
2	31/01/2010	09/02/2010	1.156,56	1.156,56	1.156,56	60
2	28/02/2010	09/03/2010	130,43	130,43	130,43	60
2	31/03/2010	09/04/2010	276,00	276,00	276,00	60
2	30/04/2010	09/05/2010	754,16	754,16	754,16	60
2	31/05/2010	09/06/2010	376,23	376,23	376,23	60
2	31/07/2010	09/08/2010	506,67	506,67	506,67	60
2	31/08/2010	09/09/2010	722,31	722,31	722,31	60
2	31/10/2010	09/11/2010	1.307,12	1.307,12	1.307,12	60
2	30/11/2010	09/12/2010	237,56	237,56	237,56	60
2	31/12/2010	09/01/2011	754,61	754,61	754,61	60
2	28/02/2011	09/03/2011	513,76	513,76	513,76	60
2	31/03/2011	09/04/2011	430,73	430,73	430,73	60
2	30/04/2011	09/05/2011	793,41	734,65	793,41	60
2	31/05/2011	09/06/2011	88,64	88,64	88,64	60
2	30/06/2011	09/07/2011	831,53	831,53	831,53	60
2	31/07/2011	09/08/2011	74,64	74,64	74,64	60
2	31/08/2011	09/09/2011	940,10	940,10	940,10	60
2	30/09/2011	09/10/2011	677,19	677,19	677,19	60
2	31/10/2011	09/11/2011	574,30	574,30	574,30	60
2	31/12/2011	09/01/2012	839,25	839,25	839,25	60
TOTAL DA INFRAÇÃO 2			12.969,51	12.872,89	12.969,51	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281082.0025/13-4, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.744.788,23**, acrescido de 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 ser homologados os valores já pagos.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício) - Conselheiros(as): Evany Cândida dos Santos, Oswaldo Ignácio Amador, José Antonio Marques Ribeiro e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício) - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes e Maurício Souza Passos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR
(Recurso de Ofício)

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Recurso de Ofício)

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS