

A. I. Nº - 269132.0001/13-2
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTES - JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS e RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05.04.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-05/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração 01 parcialmente reconhecida em relação aos produtos Hidrazina e Sulfito de Sódio a 90%. Excluídos os créditos apropriados em relação ao gás freon e algumas operações de devolução acobertadas por notas fiscais apresentadas na fase de defesa. Mantida a exigência fiscal no que se refere aos produtos utilizados no tratamento de água de refrigeração em sintonia com a reiterada jurisprudência do CONSEF. b) CRÉDITO APROPRIADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Restou provado, na fase de defesa, que o autuado fazia jus aos créditos decorrentes da tomada de serviços de transporte nos montantes lançados na sua escrita fiscal. Item excluído. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Acusação fiscal parcialmente elidida em conformidade com as exclusões efetuadas na infração 01, relativa à apropriação de crédito indevido. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. ERRO NA APURAÇÃO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. As operações autuadas se referem à aquisição de válvulas, dos tipos, gaveta, esfera ou borboleta, que nos termos do Convênio ICMS 52/91 são beneficiadas com a redução da base de cálculo do ICMS. O valor a ser pago a título de DIFAL deveria ser efetuado considerando a redução de base de cálculo decorrente de Convênio, ainda que não mencionada nas NFs. Item improcedente. 3. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SUFRAMA, LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte juntou na peça impugnatória, declarações de ingresso das mercadorias emitidas pela SUFRAMA. Infração elidida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial; b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial. Infrações contestadas e posteriormente reconhecidas e quitadas com os benefícios da Lei nº 12.903/13. 5. OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS EM VALOR INFERIOR AO CUSTO TOTAL DE PRODUÇÃO. Infração impugnada e posteriormente reconhecida e quitada pelo contribuinte com os benefícios da Lei nº 13.449/15. Auto de Infração

PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração em epígrafe foi exigido ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$ 733.281,34. A exigência fiscal é composta de 8 (oito) imputações, conforme abaixo:

Infração 1 – *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. O contribuinte utilizou de forma equivocada o crédito fiscal nas aquisições de uso e consumo (gás freon, hidrazina e inibidor de corrosão). Demonstrativos anexos I e I-A. Valor exigido: R\$ 35.639,41, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 2 – *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Os valores apurados são correlatos ao da infração 01, referente às aquisições de gás freon, hidrazina e inibidor de corrosão. Demonstrativos constantes dos Anexos I e I-A. Valor exigido: R\$ 30.425,88, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 3 – *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Como também para o ativo imobilizado da empresa, onde foram apurados os valores que se encontram no Demonstrativo de Débito constantes dos Anexos II e II-A. Valor exigido: R\$ 10.227,14, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 4 – *Deixou de recolher ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício da isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Demonstrativo de débito (Anexos III e III-A). Valor exigido: R\$ 29.404,40, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 5 – *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte não escriturou no seu livro Registro de Entradas (Escrita Fiscal Digital), os documentos fiscais relacionados no Demonstrativo de Débito do Anexo IV e IV-A do presente PAF. Multa exigida: R\$ 39.036,25. Penalidade de 1% sobre o valor das entradas omitidas, prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 6 – *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte não escriturou no seu livro Registro de Entradas (Escrita Fiscal Digital), os documentos fiscais relacionados no Demonstrativo de Débito do Anexo V e V-A do presente PAF. Multa exigida: R\$ 163.090,81. Penalidade de 10% sobre o valor das entradas omitidas, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 7 - *Efetuiu saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção. Os valores apurados estão demonstrados nas planilhas do Anexo 6-A, 6-B e 6-C do PAF. Valor exigido: R\$418.986,65, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 8 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento(s) fiscal(is). Creditou-se no livro Registro de Apuração de valor de ICMS superior ao somatório dos créditos constantes dos conhecimentos de transporte relativos a cada mês, conforme demonstrativos constantes dos anexos VII-A e VII-B. Valor exigido: R\$6.470,80, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

O contribuinte foi notificado do lançamento em 10/05/2013 e ingressou com defesa administrativa em 11/06/2013. A peça defensiva foi apensada às fls. 464 a 514, através de petição subscrita por advogados com procuração nos autos (fls. 521 a 522).

O contribuinte inicialmente contestou a integralidade das infrações 1 e 2, alegando que os produtos cujos créditos foram glosados são insumos (produtos intermediários) aplicados no processo produtivo da empresa, fazendo um descritivo de participação de cada um na sua atividade industrial.

Pediu exclusão, da exigência fiscal, das notas fiscais 13941, 13942 e 13968, emitidas no mês de novembro de 2010, que consubstanciaram operações de devolução de vendas de mercadorias.

Requeru também a retirada da nota fiscal 3643 (DOC. 06, DA IMPUGNAÇÃO – fl. 538), ao argumento de que o referido documento fiscal acobertou operação de remessa para demonstração, com origem no Estado de São Paulo, onde houve o regular destaque do ICMS, em razão da não incidência da suspensão do imposto naquela operação. Que a autuada promoveu o subsequente estorno do crédito fiscal da mercadoria recebida em demonstração, através da emissão da NF 7287 (Doc. 07 da Impugnação, doc. fl. 539), com destaque do ICMS e registro do débito no livro de saídas de mercadorias (doc. 08), tornando sem efeito o crédito fiscal anteriormente apropriado (débito que anulou o crédito). Registrou que não houve no caso em exame aquisição de bem destinado a uso e consumo do estabelecimento, razão pela qual pediu a decretação da improcedência dessa parte da exigência fiscal.

O autuantes acataram tão somente os reclamados da empresa no que se refere às notas fiscais 13941, 13942 e 13968, reduzindo o débito de R\$ 7.054,16 para R\$ 1.218,32, no tocante a apuração do mês de novembro de 2010. Mantiveram o estorno em relação a todos os produtos, incluindo também a NF 3643 e as correspondentes exigências contidas na cobrança do DIFAL (diferença de alíquotas), - integrante da infração 2.

A empresa rebateu, em nova manifestação nos autos (fls. 854 a 866), os valores mantidos nas infrações 1 e 2.

Foi determinada por esta 5ª JJF a realização de diligência, conforme despacho exarado à fl. 956. Nessa oportunidade pediu-se a separação, em planilhas específicas, dos materiais cujos créditos foram glosados com a totalização por agrupamento dos produtos – gás freon, hidrazina e inibidores de corrosão -, além do descritivo de participação de cada item no processo produtivo da autuada.

Os autuantes, em cumprimento da diligência, informaram às fls. 972 a 977, os valores totais de crédito indevido agrupado por produto, declarando ainda que a participação de cada item no processo produtivo da empresa se encontrava detalhado na informação fiscal (págs. 841 a 847). Restou demonstrado nas planilhas anexadas a seguinte situação: Gás Freon (crédito indevido: R\$ 2.858,53; DIFAL: R\$ 1.667,65); Hidrazina (crédito indevido: R\$ 17.499,93; DIFAL: R\$ 24.999,91); Inibidores de Corrosão (crédito indevido R\$ 1.117,96; DIFAL: R\$ 1.597,08).

Em petição acostada às fls. 960 a 962, a autuada, através de seus advogados, informou que pagaria, à vista, parte do crédito tributário consubstanciado nos itens 01 e 02 do A.I., no que se refere aos estornos relacionados às aquisições de hidrazina e sulfito de sódio 90% e a cobrança correlata do DIFAL, nos valores históricos de R\$ 23.683,50 (infração 1) e R\$ 24.999,88 (infração 2). Anexados os respectivos DAEs de recolhimento às fls. 963 e 965.

Quanto aos valores remanescentes das infrações 1 e 2, a autuada, às fls. 980 a 992, discorreu que as exigências fiscais são em verdade decorrentes das aquisições de diversos produtos, a exemplo de gás freon, hidrazina, inibidores de corrosão, algicida, nalco, sulfito de sódio entre outros. Afirmou que os autuantes deveriam ter segregado, em planilhas distintas, cada um dos produtos constantes do levantamento fiscal, haja vista nem todos pertencerem aos grupos indicados pela JJF. Disse ainda que os autuantes deveriam ter informado no bojo da diligência os pagamentos efetuados pela impugnante nas infrações 1 e 2, com relação aos produtos hidrazina e sulfito de sódio 90%. Pediu ainda a exclusão do produto hipoclorito de sódio, em razão da retirada das notas fiscais 13941, 13942 e 13968, relacionadas a operações de devolução de vendas e a homologação dos pagamentos realizados em relação à Hidrazina e Sulfito de Sódio a 90%.

No que se refere às parcelas impugnadas, a defendente trouxe aos autos, para análise do órgão julgador, cópia do Parecer Técnico do Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT – doc. apensado à fls. 1028 a 1047).

Para o gás freon, a defesa descreveu que tal produto é utilizado em diversas etapas do processo produtivo da empresa e seu consumo é fundamental no processamento do cloro e na desmercurização do hidrogênio. Disse que os prepostos fiscais, sem qualquer embasamento técnico, se limitaram a declarar que o gás freon tem as mesmas características do óleo lubrificante utilizado nas bombas e compressores da linha de produção, onde são considerados produtos de uso e consumo. Ressaltou que a planta fabril objeto da fiscalização atua na produção de cloro líquido, com a utilização de diversos insumos, entre eles o gás freon. Que a cadeia produtiva se inicia com a eletrólise da salmoura, onde se obtém os produtos hidrogênio, soda cáustica 50% e cloro. Este último necessita de um tratamento especial, devendo a temperatura ser reduzida e passar por purificação envolvendo as seguintes etapas: resfriamento, secagem, compressão e liquefação do cloro gasoso. Na etapa de resfriamento o cloro passa por um circuito fechado que utiliza água clarificada, a qual tem a sua temperatura reduzida pelo Gás Freon, empregado como líquido refrigerante. Informou ainda que o Gás Freon é repostado periodicamente (a cada mês), conforme informações contidas na pág. 197 do Parecer IPT. Acrescentou mais à frente que o gás freon é também utilizado na etapa de liquefação do cloro, através da redução de temperatura da torre de condensação, garantindo a manutenção do processo produtivo de forma estável (pág. 198 do Parecer do IPT). Por fim, declarou que o Gás Freon é utilizado também para proporcionar o resfriamento necessário à desmercurização do hidrogênio, gás que é contaminado, no processo produtivo, pelo mercúrio industrial, conforme descritivo contido às págs. 200 a 201 do Parecer IPT. Sustenta a defesa, portanto, que o Gás Freon é um insumo totalmente absorvido no processo de produção da planta industrial, configurando produto intermediário com direito a crédito.

Em seguida, a defesa passou a tratar dos insumos aplicados no sistema de água de resfriamento. Disse que esse sistema tem a função de resfriar correntes intermediárias do processo, deixando-as em condições de serem processadas até a transformação em produto final. O processo consistiria na transferência de calor de um fluido mais quente (corrente de processo), para outro mais frio (água de resfriamento), através da ação de equipamentos denominados trocadores de calor. Que os sais presentes na água aquecida tornam-se insolúveis, depositando-se nas paredes dos tubos dos trocadores de calor, podendo provocar corrosão do metal, vazamentos da água de resfriamento e contaminação de todo o processo de produção com a decorrente parada da planta industrial. Além disso, os microorganismos presentes na água de refrigeração que percorre dezenas de trocadores de calor, poderiam se multiplicar, obstruindo os trocadores e reduzindo a eficiência de troca de calor e comprometendo o processo produtivo, podendo provocar a parada da planta. Esclarece a defendente que para evitar a ocorrência de corrosão e obstruções e controlar o pH devem ser adicionados à água de resfriamento (água clarificada) produtos específicos, a exemplo do hipoclorito de sódio e os inibidores de corrosão (Trasar, Nalco e Nalco 8338, PSO, Continuum, Inhibitor, algicidas, dentre outros), descritos à pág. 204 do Parecer IPT, que são integralmente absorvidos pela água de refrigeração. Enfatizou, mais à frente, que o resfriamento é indispensável ao processo produtivo da autuada já que as correntes intermediárias devem ser processadas a altas temperaturas. Sustenta, portanto a imprescindibilidade dos produtos citados, qualificando-os como insumos, com direito à apropriação do crédito fiscal.

Por último, em relação à nota fiscal 3643 (DOC. 06, DA IMPUGNAÇÃO – fl. 538), a defesa explanou que o referido documento fiscal acobertou operação de remessa para demonstração, com origem no Estado de São Paulo, onde houve o regular destaque do ICMS, em razão da não ocorrência de suspensão do imposto. Que a autuada promoveu o subsequente estorno do crédito fiscal da mercadoria recebida em demonstração, através da emissão da NF 7287 (Doc. 07 da impugnação, doc. fl. 539), com destaque do ICMS e registro do débito no livro de saídas de mercadorias (doc. 08, fl. 540), tornando sem efeito o crédito fiscal anteriormente apropriado (débito que anulou o

crédito). Registrou que não houve no caso em exame aquisição de bem destinado a uso e consumo do estabelecimento, razão pela qual pediu a decretação da improcedência dessa parte da exigência fiscal.

Na infração 3, a defesa destacou que ao tomar ciência da referida autuação passou a analisar de forma detalhada o levantamento fiscal elaborado pelos prepostos do fisco, tendo constatado que os autuantes não levaram em consideração, no cálculo do imposto lançado, as reduções de base de cálculo e isenções que incidiam sobre as operações. A título exemplificativo apresentou quadro demonstrativo reproduzido à fl. 483. Disse ainda que apesar de não constar em algumas notas fiscais mencionadas na peça de defesa a fonte legal da redução da base de cálculo, afirmou que tais notas se referem à aquisição de válvulas (do tipo gaveta, esfera ou borboleta), que nos termos do Convênio ICMS 52/91 são beneficiadas com a redução da base de cálculo. Pede a aplicação ao caso da norma contida no art. 7º, inc. III, letras “a” e “b”, do RICMS/97, que estabelece que não é devido o DIFAL se a operação de remessa for realizada com isenção ou não incidência do imposto. Mencionou também o art. 72, inc. I, da norma regulamentar, que prescreve para fins de pagamento do DIFAL que o cálculo será efetuado levando em conta o mesmo valor resultante da redução da base de cálculo. Pede que os documentos juntados à peça de defesa sejam analisados para que seja decretada a improcedência desse item da autuação.

Os autuantes, na fase de informação fiscal, declararam que no campo “informações complementares” dos documentos fiscais estão descritos dispositivos normativos relacionados à legislação vigente na unidade federada de localização do emitente. Todavia, para ser considerada a isenção ou redução de base de cálculo na apuração pelo destinatário do DIFAL, o respectivo benefício fiscal teria que ser previsto em Convênio celebrado entre as unidades federadas envolvidas na operação. Frisaram que a autuada não conseguiu comprovar, em relação aos documentos anexados, que os benefícios consignados nas notas fiscais atenderam a essa condição, razão pela qual entendem que não há que se aplicar neste caso isenção ou redução no cálculo do DIFAL. Com relação aos documentos não citados na defesa, declararam que não houve impugnação específica por parte do contribuinte.

Na infração 4, o contribuinte, após fazer considerações em torno da legislação aplicável à situação descrita no A.I., contidas nos arts. 29 e 597 do RICMS/97 e Portaria nº 205, emitida pela própria SUFRAMA, juntou nos autos (doc. 11, fls. 572/581) declarações de ingresso na SUFRAMA, para demonstrar que as mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação entraram fisicamente na zona incentivada. Disse ainda que a respectiva obrigação acessória competia ao transportador, nos termos do art. 597 do Regulamento do imposto. Pede que essa infração seja excluída do lançamento.

Os autuantes, na informação fiscal, acataram as argumentações e provas apresentadas pela impugnant em relação à infração nº 4.

Na fase de defesa o contribuinte, em relação às infrações 5 e 6, apresentou duas relações de notas fiscais escrituradas (docs. 12 e 13, 14 e 15, fls. 582 a 725), afirmando ainda ter concluído seus trabalhos de buscas para demonstrar a lisura de seus procedimentos em relação à totalidade das notas fiscais objeto do lançamento das multas. Disse ter logrado encontrar até o ingresso da impugnação em torno de 60% das notas tidas como não registradas. Postulou, subsidiariamente, a aplicação ao caso dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica e não confisco, afirmando que a sua conduta não prejudicou o erário estadual, cabendo a incidência das disposições do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, que prevê a mitigação ou cancelamento das multas decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias nas hipóteses de ausência de dolo, fraude ou simulação. Reproduziu na peça defensiva decisões judiciais e administrativas relacionadas com os princípios e regras invocados.

Os autuantes, por ocasião da informação fiscal processada em 25/07/2013, declararam que ao analisarem os dados e planilhas apresentados pela defesa constataram, em relação à infração 5, o registro (escrituração) das notas fiscais 59383, 62412, 80207, 90446, 93344, 45430 e 102385. Porém, a

maioria dos documentos que compõem a infração não constava da EFD, conforme arquivos gravados no CD anexado à fl. 456. Em seguida procederam à retirada das notas em que foi provada a regular escrituração, de forma que o débito da infração 5 foi reduzido de R\$ 39.036,24 para R\$ 38.938,68.

Com relação à infração 6 os autuantes detectaram a regular escrituração das NFs 6454 e 438. Da mesma forma que a infração anterior, não foi constatado o lançamento escritural dos demais documentos na EFD, conforme arquivos gravados no CD (pág. 456). Reduziram esse item da autuação, após exclusão da notas escrituradas, de R\$ 163.090,81 para R\$ 162.903,07.

Instado a se manifestar nos autos, o contribuinte na petição acostada às fls. 851 a 895, datada de 12/08/13, reiterou os termos da defesa, em conformidade com a documentação apresentada na peça impugnatória.

Porém em 29 de novembro de 2013, o contribuinte ingressou com petição firmada por seus advogados (doc. fl. 913), denominado "Termo de Confissão de Dívida", reconhecendo os débitos consignados nas infrações 5 e 6, com os benefícios da Lei nº 12.903/2013, renunciando, no tocante a esses itens, à impugnação e recursos interpostos. Às fls. 951 a 954 foram anexados DAEs para comprovar a quitação dos itens 5 e 6 com as reduções previstas na citada Lei.

Na fase de defesa o contribuinte se insurgiu contra cobrança integrante do item 7 do A.I., alegando a inocorrência do fato gerador do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, citando inclusive a Súmula 166 do STJ e outras decisões judiciais de tribunais superiores, entre eles o STF. Argumentou ainda que o procedimento adotado pela empresa tem sido convalidado pelo Estado da Bahia, não gerando qualquer prejuízo ao erário a justificar a exigência fiscal. Pediu também a exclusão de multas e juros ao argumento de que adotou procedimentos de escrituração e apuração dos custos, com a exclusão das parcelas relativas à depreciação e logística, reiteradamente aceitas por fiscalizações pretéritas, incidindo no caso as disposições do art. 100, III, do CTN (práticas reiteradas da administração tributária).

Os autuantes rebateram os argumentos defensivos declarando que a atividade de fiscalização é vinculada aos termos da legislação posta - Lei e Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - que coíbem que as transferências internas sejam efetuadas abaixo do custo total de produção. Que a expressão "custo total" não admite qualquer exclusão, devendo compô-las os itens relativos à depreciação e logística (armazenagem e transporte), integrantes do custo total informado pela empresa. Acrescentaram ainda que dentro do prazo decadencial é possível que a fiscalização reveja ações fiscais anteriores. Pedem que esse item da autuação seja mantido sem qualquer alteração.

O contribuinte, em nova manifestação, datada, de 12/08/13, reiterou os termos da sua defesa.

Porém, em 18/12/2015, ingressou com petição nos autos (fl. 1.062), reconhecendo a íntegra do débito tributário constante do item 7 do A.I, com os benefícios da Lei Estadual nº 13.449/2015, firmando Termo de Transação dentro do Programa Concilia Bahia, renunciando também a qualquer medida judicial obstativa da exigência fiscal em lide. Em outra petição, firmada em 07/01/2016, o sujeito passivo requereu a homologação ao Termo de Transação, sendo posteriormente juntado ao PAF relatório do SIGAT (doc. fl. 1.092), comprovando o recolhimento integral da infração 7 com os benefícios da Lei nº 13.449/15.

Na peça de defesa o contribuinte, após descrever os procedimentos adotados pela fiscalização para a apuração do fato considerado infracional, declarou que as autoridades fiscais incorreram em erro, pois se limitaram a analisar o primeiro arquivo disponibilizado pela impugnante, que se encontrava incompleto (composição incompleta dos créditos fiscais). Que, posteriormente, foram encaminhados novos demonstrativos para os autuantes, que deixaram de ser examinados em razão dos trabalhos de fiscalização estarem em fase de conclusão. Relatou ter juntado na peça de defesa o demonstrativo de composição dos créditos escriturados no livro RAICMS (doc. 18, fls. 782/783) e respectivos conhecimentos de transporte (doc. 19, fls. 784 a 837). Disse que frente a

esses documentos a empresa autuada demonstra que faz jus aos créditos lançados no RAICMS, objeto da glosa no A.I. Pede que esse item da autuação seja declarado totalmente improcedente.

Os autuantes, na informação fiscal, acolheram as alegações defensivas e se manifestaram pela improcedência da infração 8.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 8 (oito) imputações conforme foi detalhadamente exposto no relatório.

O contribuinte, na fase de defesa, reconheceu a procedência das exigências fiscais contidas nos itens 1 e 2, de forma parcial, em relação à apropriação de créditos indevidos e pagamento do ICMS-DIFAL dos produtos hidrazina sulfito de sódio 90%. Reconheceu também a totalidade das infrações 5 e 6, com os benefícios da Lei 12.903/13, e a íntegra da infração 7, com as reduções previstas na Lei Estadual nº 13.449/15, dentro do Programa Concilia Bahia, **observando, no entanto, que a infração 6 foi reduzida por força da Lei nº 13.461 de 10.12.15 coincidindo com o valor pago pelo contribuinte.**

Consta nos autos relatório extraído do SIGAT (fl. 1.092), revelando a quitação das parcelas reconhecidas. Os valores recolhidos pelo contribuinte deverão ser homologados pela repartição fazendária.

Em relação às parcelas remanescentes da infração 1 a exigência fiscal está concentrada na utilização indevida de crédito fiscal em relação ao gás freon e produtos inibidores de corrosão, aplicados na água de resfriamento. O contribuinte também pede a exclusão da exigência fiscal das notas fiscais 13941, 13942 e 13968, relacionadas a operações de devolução; e da NF 2643, por se tratar de operação de remessa para demonstração que foi objeto de posterior retorno ao Estado de origem através da NF 7287.

Passarei a analisar cada um dos itens remanescentes da referida exigência fiscal. Tomo por base as informações prestadas pelos autuantes nos autos e aquelas que foram apresentadas pela empresa autuada nas suas diversas intervenções no PAF, especialmente, o Laudo Técnico do IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas) ligado à USP (Universidade de São Paulo), peça que foi juntada ao PAF, às fls. 1.028 a 1.047. Neste laudo é descrito no item 8 (págs. 1.037/1.045), de forma minuciosa, os processos de produção verificados nas plantas de Cloro e Soda CS-2, que integram o estabelecimento fiscalizado e a correspondente participação de cada item objeto dos estornos de crédito fiscal.

Em relação ao gás freon 22, os autuantes explicaram que o produto é utilizado nos trocadores de calor e nas torres de refrigeração, não mantendo nenhum contato físico direto com as matérias-primas, nem integrando o produto final, ainda que na forma de resíduos indesejáveis. Que o mesmo não é repostado a cada início do processo de produção, não se inutilizando ou tornando-se imprestável, havendo tão somente reposição ínfima devido a vazamentos que ocorrem em razão dos sistemas por onde o produto trafega não serem totalmente fechados. Entendem que o gás freon tem características semelhantes ao óleo lubrificante utilizado nas bombas e compressores das linhas de produção, razão pela qual sustentam que o mesmo deve ser considerado produto de uso e consumo.

Já no descritivo apresentado pela defesa, consubstanciado no Parecer IPT (fls. 1.028 a 1.047), é explicado que na planta fabril objeto da fiscalização a cadeia produtiva tem início com a eletrólise da salmoura (aplicação de corrente elétrica em uma solução aquosa concentrada de sal - NaCl), onde se obtém os produtos hidrogênio, soda cáustica 50% e cloro. Que o cloro obtido pelo processo eletrolítico necessita de tratamento especial para a retirada de impurezas e é desenvolvido em quatro etapas: resfriamento, secagem, compressão e liquefação do cloro gasoso. É pontuado ainda que o cloro é retirado das células de produção a uma temperatura média de 85°C, sendo resfriado em duas etapas: resfriamento primário, até cerca de 45°C, em

contato com a água clarificada (lavagem por contato) e resfriamento nos trocadores de calor, até 12°C, onde é utilizada água do circuito fechado. Que essa água é resfriada com a utilização do gás freon, cuja reposição se dá a cada período mensal (informação extraída do Parecer IPT, pág. 1.041 do PAF). Acrescentou mais à frente que o gás freon é também empregado na etapa de liquefação do cloro, através da redução de temperatura das torres de condensação, garantindo a manutenção do processo produtivo de forma estável (Parecer IPT, pág. 1.042, do PAF). Por fim, declarou a defesa, que o gás freon é empregado também para proporcionar o resfriamento a cerca de 15°C, visando à realização do processo de desmercurização do hidrogênio, gás que é contaminado na atividade produtiva pelo mercúrio industrial, conforme descritivo contido no Parecer IPT (págs. 1.043/1.044 do PAF).

As descrições contidas no Parecer do IPT não foram contraditadas pelos autuantes, razão pela qual dou ao referido documento o “status” de prova técnica.

Assim, ao contrapor os argumentos defensivos com aqueles apresentados pelos autuantes, verifico que o gás freon é um elemento 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 do hidrogênio, da soda cáustica, e principalmente, do cloro, são em regra exotérmicas, ou seja, liberam calor, sendo necessário o resfriamento das tubulações e equipamentos mantendo-se ao nível adequado de temperatura do meio reativo. Não há como se negar que o referido produto tem participação direta no processo de transformação das matérias-primas, funcionando como elemento de troca de calor, visto que variável temperatura é de suma importância na atividade fabril da autuada, que contempla diversas reações químicas que necessitam de sofrer ajustes naquela variável para a geração do produto final dentro das especificações exigidas pelo mercado. Paralelamente e de forma subsidiária o controle de temperatura dos processos químicos proporciona a conservação dos ativos da fábrica. No caso em exame a função do gás freon no processo fabril do estabelecimento autuado se assemelha a de um combustível, só que fazendo o papel inverso: ao invés de adicionar calor (energia térmica) ao processo, proporciona a redução de temperatura para que as reações químicas ocorram dentro das especificações exigíveis.

Enquadro, portanto, o gás freon na categoria dos denominados produtos intermediários em razão da sua participação no processo produtivo da autuada, na condição de elemento indispensável, apesar de não se integrar ao produto final. As parcelas relacionadas com esse item devem ser excluídas da autuação, em conformidade com a planilha juntada pelos autuantes à fl. 973, após diligência, totalizando para a infração 1, a exclusão da quantia de R\$ 2.858,53 e para a infração 2, R\$ 1.667,75: *(alterações com redução de débito a serem promovidas nos meses fev e mar de 2009 e jan, mar, jul e out de 2010)*.

Em relação aos demais produtos objeto da glosa de créditos, podemos enquadrá-los na categoria de inibidores de corrosão dos equipamentos da fábrica e aqueles destinados a eliminar micro-organismos, a exemplo, de algas e bactérias, nos sistema de água de resfriamento da unidade fabril. Os mencionados produtos, com a respectiva participação na atividade da empresa, se encontram descritos no Parecer do IPT (fl. 1.047 do PAF), e apresentam diversas denominações: *Trasar, Nalco e Nalco 8338, PSO, Continuum, Inhibitor, e os agentes biocidas, algicidas e biodispersantes*. Em suma: são produtos destinados a evitar que os equipamentos e tubulações da unidade fabril sofram corrosões e incrustações indesejáveis e 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 dos autuantes, a exemplo dos Acórdãos 0152-11/11; 0137-02/12; 0049-04/11; 0301-12/12, 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, através do qual caso semelhante foi julgado por este CONSEF, temos que: *“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”.

Com base na reiterada jurisprudência desse Tribunal Administrativo, não acato o pleito do contribuinte para que se proceda a retirada dos produtos classificados como inibidores de corrosão e os biocidas da autuação. Fica mantida a exigência fiscal em relação a essas parcelas, conforme demonstrativo elaborado pelos autuantes, após diligência, que foi juntado às fls. 976/977, perfazendo o valor de R\$ 1.117,96 para a infração 1 (crédito indevido) e R\$ 1.597,08 para a infração 2 (DIFAL).

Em relação às notas fiscais 13.941, 13.942 e 13.968 (doc. fls. 532/534), restou demonstrado nos autos que as mesmas acobertavam operações de devolução do produto hipoclorito de sódio, promovida pelo cliente da autuada, a empresa Sasil – Coml e Indl. de Petroquímicos Ltda, localizada neste Estado, I.E. nº 01.384.761, desfazendo as vendas realizadas através das notas fiscais 12.520, 12.521 e 15.536, emitidas pela impugnante (doc. fls. 535/537). As mencionadas operações de vendas, posteriormente canceladas, se referem a mercadorias produzidas pela autuada, sendo as notas emitidas com CFOP 5101. Os autuantes, na informação fiscal, reconheceram o equívoco cometido e procederam à exclusão das citadas notas fiscais do lançamento. Em decorrência, o valor do débito no mês de novembro de 2010 fica reduzido, na infração 01, de R\$ 7.054,16 para R\$ 1.218,32, permanecendo o mesmo valor para a infração 02, no importe de R\$ 1.740,46.

No tocante à NF nº 3643, emitida pela empresa Rockwell localizada a São Paulo, ficou provado que a operação envolveu a entrada para fins de demonstração de um “inversor de frequência” (doc. fl. 538 do PAF). A data de ocorrência do crédito indevido se deu no mês de abril de 2010, e a defesa apresentou, na impugnação, a nota fiscal de retorno do bem, NF nº 7287, emitida pela própria Braskem, datada de 08 de abril de 2010. Os documentos apresentados revelam que o bem não foi incorporado ao ativo da empresa ou sequer utilizado em suas atividades, o que afasta a exigência do DIFAL. Por sua vez, não restou provado que houve apropriação indevida de crédito fiscal, visto que a operação de retorno do bem foi tributada, anulando o crédito originalmente lançado na escrita fiscal, conforme atesta cópia do livro de saídas da autuada (doc. juntado à fl. 540 dos autos). Assim, o valor do débito do mês de abril de 2010 fica reduzido, na infração 01, de R\$ 1.945,25 para R\$ 793,29, e, na infração 02, de R\$ 2.778,92 para R\$ 1.133,26.

O Demonstrativo de Débito da Infração 01 passa a ter a seguinte configuração, após as exclusões acima mencionadas:

Seq.	Inf.	Data Ocorrência.	Data Vencimento	Alíq. (%)	Valor Histórico	Valor Julgado-JJF	Multa (%)
1	1	28/02/2009	09/03/2009	17	557,76	0,00	60
2	1	30/03/2009	09/04/2009	17	1.168,10	1.168,10	60
3	1	30/04/2009	09/05/2009	17	470,99	0,00	60
4	1	30/05/2009	09/06/2009	17	985,71	985,71	60

5	1	30/06/2009	09/07/2009	17	1.361,84	1.361,84	60
6	1	30/08/2009	09/09/2009	17	4.841,12	4.841,12	60
7	1	30/09/2009	09/10/2009	17	842,34	842,34	60
8	1	30/10/2009	09/11/2009	17	2.267,95	2.267,95	60
9	1	30/11/2009	09/12/2009	17	1.382,06	1.382,06	60
10	1	30/12/2009	09/01/2010	17	1.152,07	1.152,07	60
11	1	30/01/2010	09/02/2010	17	4.485,52	3.840,40	60
12	1	28/02/2010	09/03/2010	17	29,89	29,89	60
13	1	30/03/2010	09/04/2010	17	1.007,50	563,31	60
14	1	30/04/2010	09/05/2010	17	1.945,25	793,29	60
15	1	30/05/2010	09/06/2010	17	819,02	819,02	60
16	1	30/06/2010	09/07/2010	17	763,24	763,24	60
17	1	30/07/2010	09/08/2010	17	1.270,79	1.051,72	60
18	1	30/08/2010	09/09/2010	17	1.270,89	1.270,89	60
19	1	30/09/2010	09/10/2010	17	108,34	108,34	60
20	1	30/10/2010	09/11/2010	17	1.466,21	944,81	60
21	1	30/11/2010	09/12/2010	17	7.054,16	1.218,32	60
22	1	30/12/2010	09/01/2011	17	388,66	388,66	60
TOTAL DA INFRAÇÃO 1					35.639,41	25.793,08	

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 do item gás freon e das operações relacionadas às notas fiscais 13.941, 13.942 e 13.968 (doc. fls. 532/534) e NF nº 3643. O Demonstrativo de Débito da Infração 2, passa a ter a seguinte configuração, após a exclusões citadas:

Seq.	Inf.	Data Ocorrência.	Data Vencimento	Aliq. (%)	Valor Histórico	Valor Julgado-JJF	Multa (%)
23	2	28/02/2009	09/03/2009	17	232,40	0,00	60
24	2	30/03/2009	09/04/2009	17	1.668,71	1.668,71	60
25	2	30/04/2009	09/05/2009	17	672,84	0,00	60
26	2	30/05/2009	09/06/2009	17	1.408,16	1.408,16	60
27	2	30/06/2009	09/07/2009	17	1.945,49	1.945,49	60
28	2	30/08/2009	09/09/2009	17	2.334,54	2.334,54	60
29	2	30/09/2009	09/10/2009	17	1.203,34	1.203,34	60
30	2	30/10/2009	09/11/2009	17	3.239,93	3.239,93	60
31	2	30/11/2009	09/12/2009	17	1.974,37	1.974,37	60
32	2	30/12/2009	09/01/2010	17	1.645,81	1.645,81	60
33	2	30/01/2010	09/02/2010	17	1.502,78	1.233,98	60
34	2	28/02/2010	09/03/2010	17	42,70	42,70	60
35	2	30/03/2010	09/04/2010	17	989,81	804,73	60
36	2	30/04/2010	09/05/2010	17	2.778,92	1.133,26	60
37	2	30/05/2010	09/06/2010	17	1.170,02	1.170,02	60
38	2	30/06/2010	09/07/2010	17	1.090,34	1.090,34	60
39	2	30/07/2010	09/08/2010	17	692,74	601,46	60
40	2	30/08/2010	09/09/2010	17	1.815,55	1.815,55	60
41	2	30/09/2010	09/10/2010	17	154,77	154,77	60
42	2	30/10/2010	09/11/2010	17	1.566,97	1.349,72	60
43	2	30/11/2010	09/12/2010	17	1.740,46	1.740,46	60
44	2	30/12/2010	09/01/2011	17	555,23	555,23	60
TOTAL DA INFRAÇÃO 2					30.425,88	27.112,57	

Na infração 3, a exigência de ICMS se deu em razão do contribuinte ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (DIFAL), nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a seu ativo imobilizado. Conforme se encontra evidenciado nos Demonstrativos que embasaram a exigência fiscal (fls. 22 a 41) e nas

razões articuladas na impugnação e na informação fiscal, as diferenças cobradas se concentram nas notas fiscais que acobertaram bens que na unidade federada de origem foram tributados com redução de base de cálculo, conforme se pode verificar nos documentos acostados às fls. 42 a 69 e fls. 542 a 571, anexados no processo por amostragem, respectivamente, pelos autuantes e pela defesa. No campo "informações complementares" das referidas notas fiscais é informada a legislação do Estado de origem, o decreto publicado pelo chefe de executivo que serviu de base para a aplicação do benefício fiscal. Entretanto, os autuantes não consideram as reduções de imposto lançadas nas notas fiscais em razão do benefício não ter sido fundamentado em norma de Convênio, aprovado no âmbito do CONFAZ (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA).

Observo, em conformidade com as alegações defensivas, que as operações autuadas se referem à aquisição de válvulas dos tipos, gaveta, esfera ou borboleta, que nos termos do Convênio ICMS 52/91 são beneficiadas com a redução da base de cálculo do ICMS. As referidas mercadorias estão inseridas no Anexo I do citado Convênio, no item 64, correspondente às posições 8481.90.93, 8481.80.95, 84.81.80.97 e 84.81.80.99 da tabela da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM/SH). Assim, considerando que as reduções de base de cálculo consignadas nas notas fiscais de origem tem amparo em Convênio do CONFAZ, aprovado nos termos da Lei Complementar nº 24/75, não vislumbro razões jurídicas para a manutenção do item 3 do Auto de Infração, mesmo que nos documentos emitidos pelos fornecedores das mercadorias não tenha sido mencionada a norma matriz do benefício. Incide no presente caso as disposições do art. 7º, inc. III, do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, que prescrevia que no cálculo do ICMS, devido a título de DIFAL, o valor a ser pago seria efetuado considerando a redução de base de cálculo decorrente de Convênio.

Julgo, portanto, improcedente a infração nº 3.

Na infração 4 a exigência fiscal recaiu sobre as operações de remessa de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus (ZFM), sem comprovação de internamento das mercadorias naquela área beneficiada com a isenção do ICMS. O contribuinte, na peça impugnatória, juntou nos autos (doc. 11, fls. 572/581) declarações de ingresso emitidos pela SUFRAMA, para demonstrar que as mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação entraram fisicamente na zona incentivada. Os autuantes, na informação fiscal, após analisarem as provas anexadas pela defendente, acataram as argumentações do sujeito passivo e pediram a exclusão da cobrança que integra a infração nº 4. Frente às provas anexadas pela defesa a infração 4 é totalmente improcedente.

No que se refere à infração 8, a acusação é de utilização indevida de crédito fiscal, apropriado no livro de apuração do ICMS em valor superior àqueles consignados nos conhecimentos de transporte listados no Anexo VII-A (doc. fls. 443/444). Na fase de defesa o contribuinte apresentou a cópia de todos os Conhecimentos (doc. fls. 784 a 837) e correspondente planilha (fls. 782/783), totalizando o somatório dos créditos fiscais lançados nos livros de apuração do ICMS.

Os autuantes acataram as provas e argumentos defensivos, pedindo que a infração 8 seja também excluída da autuação. Restou, provado, portanto, que o autuado fazia jus aos créditos decorrentes da tomada de serviços de transporte, nos montantes lançados na sua escrita fiscal, nos meses de agosto, outubro e novembro de 2010. Julgo improcedente o item 8 do Auto de Infração.

Ante o acima exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração que passa a ter a configuração abaixo:

Infração 1 - PROCEDENTE EM PARTE (PAGAMENTO PARCIAL);
Infração 2 - PROCEDENTE EM PARTE (PAGAMENTO PARCIAL);
Infração 3 - IMPROCEDENTE;
infração 4 - IMPROCEDENTE;
infração 5 - PROCEDENTE (PAGAMENTO COM AS REDUÇÕES DA LEI);
infração 6 - PROCEDENTE (PAGAMENTO COM AS REDUÇÕES DA LEI)
Infração 7 - PROCEDENTE (PAGAMENTO COM AS REDUÇÕES DA LEI);

Infração 8 – IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269132.0001/13-2, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 471.892,30**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, letras “a” e “f” e inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$ 55.345,33**, previstas no art. 42, incisos XI e IX do mesmo diploma legal, calculados com as reduções previstas na Lei nº 12.903/13, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei 9.837/05

Os valores já recolhidos pelo sujeito passivo, inclusive aqueles com os benefícios das Leis nº 12.903/13 e nº 13.449/2015 deverão ser homologados pela autoridade fazendária competente.

Esta Junta recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a alteração promovida pelo Dec. nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR