

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0212-03/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. MATERIAIS DE USO OU CONSUMO CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Diligência realizada pela ASTEC demonstrou que alguns dos materiais arrolados no levantamento fiscal têm utilização vinculada ao processo fabril e nele é diretamente exaurido, os quais foram excluídos da exigência, consoante previsão do §1º, inciso I, “a” e “b” do art. 93 do RICMS-BA/97, e mantidas as relativas aos produtos que não são aplicados nas atividades produtivas, nem se enquadram no conceito de insumo, ou seja, trata-se de materiais de uso ou consumo. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. MATERIAIS DE USO OU CONSUMO CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Diligência realizada pela ASTEC demonstrou que alguns dos materiais arrolados no levantamento fiscal têm utilização vinculada ao processo fabril e nele é diretamente exaurido, os quais foram excluídos da exigência, consoante previsão do §1º, inciso I, alíneas “a” e “b” do art. 93 do RICMS-BA/97, e mantidas as relativas aos produtos que não são aplicados nas atividades produtivas, nem se enquadram no conceito de insumo, ou seja, trata-se de materiais de uso ou consumo. Infração parcialmente mantida. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/12, diz respeito aos seguintes fatos:

Infração 01- 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Sendo lançado imposto no valor de R\$2.061.433,12, mais multa de 60%;

Infração 02- 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Sendo exigido o imposto no valor de R\$52.369,13, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte, por meio de advogado com procuraçāo às fls. 85 e 86, defende-se, fls. 45 a 83, articulando os argumentos sintetizados na forma que se segue.

Inicialmente observa que o processo produtivo realizado no estabelecimento autuado, a Unidade de Insumos Básicos - UNIB, está inserido na 1^a geração da cadeia plástica, fornecendo insumos para 2^a geração. Apresenta quadro ilustrativo da cadeia plástica para melhor visualização da inserção da UNIB nesta importante cadeia econômica.

Afirma que a UNIB é especialmente responsável pelo ciclo de negócios ligados à produção de matérias-primas básicas como eteno, propeno e cloro, fundamentais para a segunda geração, que produz as resinas termoplásticas.

Observa que a Central de matérias primas básicas é composta de quatro grupos de unidades industriais assim denominadas: Unidade de Olefinas I (UO-I), Unidade de Olefinas II (UO-II), Unidade de Aromáticos I (UA-I) e Unidade de Aromáticos II (UA-II).

Destaca que além da Central de Matérias Primas Básicas, a UNIB é composta de uma Central de Utilidades, constituída por duas plantas industriais: a) - Unidade Termelétrica (UTE) - dispõe de sistema de cogeração e ar comprimido, para produção de vapor e energia elétrica e b) Unidade de Tratamento de Água (UTA) - dispõe de sistema para produção de água desmineralizada, água potável e água clarificada.

Assinala que durante os inúmeros processos produtivos desenvolvidos pela UNIB, seja através da sua Central de matérias primas ou através da Central de utilidades, são utilizados uma infinidade de insumos, reagentes, aditivos, produtos intermediários, embalagens, para obtenção do seu amplo leque de produtos acabados, dentro das especificações técnicas de cada uma de suas plantas industriais. Apresenta quadro sinótico dos principais produtos acabados industrializados pelas plantas da UNIB.

Depois de reproduzir o teor das duas infrações que compõem a autuação afirma que o trabalho da fiscalização resultou na glosa de créditos incidentes sobre a aquisição de diversos produtos, destacando os mais representativos.

Afirma que os produtos arrolados na autuação são utilizados direta ou indiretamente no processo produtivo da UNIB, sendo, portanto, inconteste o direito ao crédito.

Apresenta os produtos empregados como insumos e/ou como produtos intermediários nas Unidades de Olefinas e Aromáticos: Nitrogênio, Tracerco, Gás Dióxido de Carbono, Alumina Ativada AXSORB, Argila Filtrol BASF, Hidróxido de Sódio. Descreve pormenorizadamente a utilização de cada um desses itens nas Unidades de Olefinas e Aromáticos, fls. 53 a 65.

Em relação aos demais produtos utilizados no processo produtivo das plantas de Aromáticos e Olefinas, afirma que a fiscalização elencou uma infinidade de produtos com empregos variados no processo produtivo da UNIB, classificados sob a genérica rubrica “Inibidores de Corrosão, Biodispersantes, Biocidas, Dispersantes Inorgânicos”, dentre outros.

Destaca que tal postura da Administração, todavia, reforça o cerceamento ao seu direito de defesa ao não justificar o motivo pelo qual cada um dos produtos foi classificados como materiais de uso e consumo.

Destaca que a fiscalização não apresentou qualquer motivação detalhada para cada um dos inúmeros produtos indicados em seu demonstrativo, cabendo ao contribuinte a hercúlea tarefa de detalhar ao máximo possível a utilização dos referidos produtos como insumos ou produtos intermediários.

Assinala que em sua maioria, são produtos integralmente consumidos no processo produtivo, sendo inseridos diretamente na corrente, sem reaproveitamento ou descarte, ocorrendo, ao contrário, reposições periódicas na corrente de tais produtos.

Ressalta que em seu processo industrial da UNIB a temperatura é fator determinante para o sucesso das reações de craqueamento da nafta e dos diversos processos produtivos ali desenvolvidos. Frisa que, nesse contexto, surge a importância de diversos produtos, aditivos

empregados na corrente de produção, com inúmeras funções. Destaca exemplificando as funções: Inibição de corrosão dos equipamentos com a formação de película protetora; Função biocida, controle bacteriológico do crescimento de algas, bactérias e fungos na corrente; Funções dispersantes ou anti-crustantes. Salienta que são empregados aditivos que impedem a formação de polímeros que vão aderir na superfície dos equipamentos impedindo a troca de calor.

Cita como exemplo, no caso dos produtos fornecidos pela empresa Nalco, que são soluções de amina preponderantemente aplicadas nos sistemas de resfriamento das plantas da UNIB.

Informa que sem o emprego de alguns dos produtos da NALCO, os sais presentes na água tornam-se insolúveis, depositando-se nas paredes dos tubos de refrigeração, impedindo o regular funcionamento das plantas da UNIB, podendo causar distorções na temperatura e consequentemente nas reações químicas necessárias à produção dos inúmeros petroquímicos básicos fornecidos pela UNIB para as plantas de 2^a geração.

Assevera, considerando que os produtos classificados sob as rubricas genéricas indicadas são aplicados na corrente de produção, consumidos durante o processo e se dispersam na corrente, é inequívoca a sua característica de produto intermediário, que é passível de creditamento pela sistemática do ICMS.

Relata que a Central de Utilidades da UNIB é constituída por duas plantas industriais: UTE; UTA e utiliza produtos empregados como insumos e/ou como produtos intermediários.

Assinala que depois de minuciosa análise do demonstrativo anexo ao Auto de Infração, identificou que a maioria dos produtos cujo crédito foi glosado está intimamente relacionado à planta da UTA.

Apresenta quadro ilustrativo de suas diversas fases de produção, fl. 68, e discorre sobre a utilização dos insumos e correlatos produtos acabados industrializados nesta planta da UNIB.

Explica que o processo da UTA se inicia com a captação de água bruta do Rio Joanes e de poços artesianos prospectados pela própria Braskem e, na etapa seguinte, essa água recebe tratamentos químicos com diversos produtos nos clarificadores e seguem para os filtros.

Informa que a fase de desmineralização em que a água filtrada passa por filtros de carvão com o objetivo de reduzir o residual de cloro na água e o passo seguinte é a remoção de íons da água, via processo de decationização.

O penúltimo passo consiste no envio da água decationizada para as torres descarbonatoras com o objetivo de reduzir a sua alcalinidade e na sequencia, a água descarbonatada segue para a deanionização, ou seja, a remoção de ânions. Menciona que finalmente a água deanionizada passa por um processo de polimento da qualidade da água, ou seja, um sistema de leito misto, onde são usados nos vasos as resinas aniônicas e catiônicas.

Destaca que após todo esse processo, a UNIB estará pronta para vender os seus produtos acabados industrializados pela UTA: água desmineralizada, água potável e água clarificada. Registra que dentre os clientes da UNIB desses produtos acabados, destacamos a DOW Brasil, ABB Ltda., Proquigel, Unigel, Taminco, BASF. Informa que a UNIB comercializou aproximadamente R\$1.837.899,39, dos referidos produtos, na competência de julho de 2010.

Descreve a utilização e emprego dos produtos glosados pela Fiscalização na UTA e também na UTE.

Hidróxido de Sódio - Diz que além do emprego já descrito do Hidróxido de Sódio, também é utilizado na planta de produção de água clarificada e desmineralizada. Afirma que é utilizado na UTA com a função de fornecer íons hidroxila para substituir os ânions dos sais presentes, possibilitando a desmineralização da água por troca iônica e possibilita a regeneração das resinas catiônicas, consubstanciando um produto imprescindível à síntese da água desmineralizada.

Assevera que o Hidróxido de Sódio é um insumo essencial aos produtos acabados desenvolvidos pela UTA, responsável pelo fornecimento dos produtos acabados da UTA. Diz ser inequívoco o caráter de insumo do Hidróxido de Sódio com seu especial emprego na etapa de desmineralização, devendo o auto ser cancelado neste particular.

Ácido Sulfúrico – Observa que a Fiscalização glosou 70% do Ácido Sulfúrico consumido pela UNIB no exercício de 2011, sem apresentar qualquer justificativa para o arbitramento em tal proporção. Deduz que foi reconhecido como insumo o percentual de 30% de Ácido Sulfúrico consumido da Unidade de Olefinas 1, tomando como base os índices de consumo de 2010, conforme íntegra de um dos laudos anexos acostados ao Auto de Infração. Continua frisando que cerca de 30% do referido produto foi consumido na Unidade de Olefinas-1, para neutralização da soda gasta proveniente do processo produtivo, no exercício de 2010.

Observa que não obstante, ser o índice pertinente ao exercício de 2010, os índices dos exercícios subsequentes ou dos exercícios passados não necessariamente guardam uma linearidade com o exercício autuado no presente auto (2011). Cita como exemplo, no AI 271330.0001/11-5 lavrado contra a UNIB, a Fiscalização glosou o percentual de 48% de todo o Ácido Sulfúrico consumido.

Afirma não haver uma única justificativa no relatório do Auto de Infração que justifique o critério eleito em 2011, o que reforça a nulidade do Auto de Infração neste ponto particular.

Reafirma que o Hidróxido de Sódio acima mencionado, o Ácido Sulfúrico é um importante insumo para o processo produtivo da UNIB na planta da UTA.

Destaca que este produto é usado primordialmente com a função de regenerar a resina de troca iônica, fornecendo os íons H⁺ que irão substituir os cátions dos sais presentes na água, diretamente presente no processo de produção da água desmineralizada.

Revela que o Ácido Sulfúrico possibilita a regeneração da resinas de trocas iônicas - amberlit - ativando a recuperação da capacidade de reação das mesmas, consubstanciando um produto imprescindível à síntese da água desmineralizada

Destaca que, por estar inserido no processo de produção da água desmineralizada produzido pela planta de UTA da UNIB, é incontestável o seu enquadramento como insumo e, por conseguinte, ilegítima a glosa efetuada pela fiscalização.

Cita como exemplo da UNIB no mês de agosto de 2010, comercializou água desmineralizada para diversos clientes, utilizando o ácido sulfúrico como um de seus importantes insumos de produção.

Lembra que a 4^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF reconheceu o direito a crédito da Braskem em relação ao ácido sulfúrico utilizado na UNIB, conforme se infere da passagem abaixo do Acórdão lavrado no AI 269139.0001/09-3, julgado pela a 4^a JJF (Rel. Paulo Danilo Reis Lopes):

Assevera não haver dúvida do caráter de insumo do Ácido Sulfúrico, vez que utilizado diretamente no processo produtivo de suas duas das plantas da UNIB, devendo ser considerado o crédito em sua integralidade. Requer o cancelamento do auto de infração neste particular.

Resina Purolite, Resinas Aniônica Amberlite e Catiônica Amberlite - Informa que, conforme reiteradamente já destacado, ao longo da cadeia produtiva da UTA são utilizados diversos produtos químicos para obtenção dos produtos acabados industrializados por essa importante planta industrial da UNIB, tais como: soda cáustica, ácido sulfúrico, dentre outros.

Revela que tais produtos são imprescindíveis de tal forma que a sua ausência inviabilizaria o processo produtivo da UTA. Afirma que nesse contexto, estão as resinas em análise, cada uma com sua especificidade e aplicação no processo da UTA.

Assevera ser cediço, a água desmineralizada deve estar isenta de íons e cátions para que esteja apta à sua função comercial e sem essa característica, não há como se comercializar o referido produto com o emprego que o mercado consumidor exige.

Assinala que as mencionadas resinas atuam com a finalidade de remoção dos íons (cátions e ânions) da água (cf. <http://www.lenntech.com/Data-sheets/Purolite-A143-L.pdf>). Afirma que a capacidade de reação das mencionadas resinas pode ser regenerada através da utilização de soda cáustica ou de ácido sulfúrico, limitada, entretanto, essa regeneração ao máximo de 2 a 4 anos de uso, quando devem ser trocadas.

Observa que esse processo de desmineralização não se destina à obtenção de qualidade ou tratamento de água, mas sim, à efetiva produção da água desmineralizada, produto autônomo fabricado pela UNIB. Diz ser inequívoco o caráter de insumo das Resinas de trocas iônicas autuadas pela Fiscalização, sob a equivocada premissa de ser um produto de uso e consumo. Requer a retificação da autuação neste particular, a fim de que sejam expurgados os valores indicados no demonstrativo do auto de infração.

Cloro Líquido – Afirma que é o empregado n o processo da UTA em duas importantes fases: nas etapas de clarificação e na etapa de potabilização. Revela ser um dos principais insumos destas fases, onde entra em contato com a corrente e viabiliza o sucesso da clarificação e potabilização da água produzida pela UNIB.

Sulfato Alumínio – Destaca que de igual forma, o Sulfato Alumínio é um importante produto químico do processo da UTA, adquirido junto a empresa Pluriquímica Indústria e Comércio S/A. Esse material é misturado sob agitação à água bruta e tem a função de promover a floculação dos sólidos suspensos na água bruta, possibilitando a precipitação e separação dos sólidos. Revela que na etapa de clarificação, é feita uma injeção de cloro (oxidante), sulfato de alumínio (coagulante) e Cal (alcalinizante). Assinala que esse conjunto de produtos químicos, permite a UNIB produzir Água Clarificada nas características e propriedades exigidas pelo mercado consumidor.

Nalco – ASP 20 – Diz tratar-se de um polieletrólico usado no processo produtivo da UTA, na etapa de clarificação. É dosado nos Clarificadores CF-5201 A/B/C e na Prensa de Lama. Lembra que consoante o precedente acima mencionado, a Fiscalização reconsiderou o seu posicionamento inicial e admitiu o caráter de insumo do Nalco 8170 no processo produtivo da UNIB, conforme o julgado acima invocado da e. 4^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, no AI 269139.0001/09-3.

Carbonato de Sódio – Afirma que é um produto essencial ao processo de potabilização da água realizado na UTA. Revela que de igual forma, a e. 4^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF reconheceu o direito a crédito da Braskem em relação ao carbonato de sódio (cf. AI 269139.0001/09-3, 4^a JJF, Rel. Paulo Danilo Reis Lopes).

Registra que não foram considerados os saldos credores de ICMS existentes no período autuado. Afirma ser cediço que, no âmbito do ICMS, o imposto devido é calculado mediante o confronto de débitos e créditos do contribuinte, segundo a sistemática de cálculo do imposto e de acordo com o princípio da não-cumulatividade. Continua destacando que cada operação ou prestação sujeita ao ICMS gera um crédito em favor do contribuinte, o qual poderá ser compensado com débitos do ICMS incidente em operações posteriores, consolidando-se a premissa de que a quantia a ser desembolsada pelo contribuinte (e, em última instância, transferida ao consumidor/tomador final) a título de ICMS, é o resultado da dedução do ICMS anteriormente cobrado do montante do imposto devido, por imposição constitucional.

Observa a cobrança do imposto perpetrada, jamais poderia resultar na exigência de imposto sem antes a Fiscalização proceder à recomposição de toda a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado. Especialmente considerando que, em alguns períodos de apuração, a operação do estabelecimento pode ter sido credora.

Assevera que a ausência de reconstituição da escrita fiscal para fins de quantificação do tributo devido, nos termos do art. 142 do CTN e 18 do RPAF-BA/99, afronta a sistemática de apuração do ICMS, jungida que está à não-cumulatividade, não havendo clareza da demonstração do imposto exigido. Continua frisando que a necessidade, de recomposição da escrita fiscal, aplica-se para todas as infrações em que há imputação de ICMS a pagar, ou alegação de utilização indevida de crédito fiscal.

Pondera que a contraposição do valor do tributo que se pretende exigir àquele que poderá ser creditado é fundamental para que se apure, por exemplo, a existência, ou não, de prejuízo ao Erário, ou mesmo de crédito em favor da empresa.

Arremata que, nesse sentido, não se tendo realizado a reconstituição de sua escrita fiscal, deve o Auto de Infração deve ser prontamente cancelado por absoluta nulidade.

Pugna nos arts. 123, §3º e 145 do RPAF-BA/99, pela realização de diligência fiscal, por auditor fiscal estranho ao feito, de modo a verificar, *in loco*, a real utilização dos itens impugnados na presente.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, subsidiariamente, no mérito, a improcedência o lançamento, com o consequente arquivamento do presente processo.

Os Autuantes prestam informação fiscal, fls. 111 a 120, nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente explicam que o RPAF-BA/99 estabelece que após a ciência do lançamento de ofício o Contribuinte Autuado dispõe do prazo de até trinta dias para quitar ou impugnar o lançamento. Observam que no presente caso houve impugnação parcial do Auto de Infração, restando consumado o direito do Autuado. Afiram que, com a apresentação da defesa, o Autuado consumou um dos atos a que teria direito como resposta ao lançamento contra si efetivado. Sustentam que desta forma, ocorreu a preclusão consumativa. Ressaltam que em relação às notas fiscais ou documentos não discutidos ou não trazidos aos autos pelo impugnante tem-se como produzidos os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, inciso II, do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF-BA/99.

Ao cuidar da Infração 01, observam que o Autuado inicia a impugnação informando que os produtos cujos créditos foram glosados na ação fiscal “são utilizados direta ou indiretamente no processo produtivo da UNIB”, fl. 53. Asseveram, que de início, já há, por parte do Autuado, uma confissão de próprio punho da não essencialidade dos produtos listados.

Em relação ao produto glosado “Nitrogênio”, destacam que o defendant aduz em sua defesa ter a ação fiscal dado tratamento diverso ao mesmo produto, glosando apenas 2% dos créditos de um (o Nitrogênio Gás Tubovia, NGT) e a totalidade dos créditos de outro (o Nitrogênio Gás Carreta - NGC), fl. 55. Assinalam que de fato, ambos são nitrogênio, o gás encontrado abundantemente na atmosfera terrestre, no entanto, o que difere no tratamento tributário de um para outro é seu uso, sua aplicação no processo produtivo do Autuado. Informam que no curso da ação fiscal receberam do Autuado o laudo técnico “IT-2012-004 Laudo para processo Fisco.doc” apensado em meio magnético no CD acostado, na pasta “Laudos Uso Consumo”. Assinalam que o NGT tem uma pequena parcela de seu consumo (no caso, 2%) relacionado a “purgas” (limpezas), o NGC, conforme informado no laudo técnico, é utilizado única e exclusivamente (portanto, 100%) em purgas, ou seja, limpezas de vasos e tubulações. Revelando que este Conselho já firmou entendimento que os produtos utilizados em limpeza não dão direito a apropriação de crédito fiscal de ICMS, por suas aquisições. Arremata ressaltando ter restado provado, que apesar de ser o mesmo produto, nitrogênio, sua utilização é distinta no processo produtivo do Autuado, ensejando tratamento tributário diverso.

No tocante ao produto Tracerco, para a qual o Autuado alega cumprimento de legislação federal para a marcação dos combustíveis, destacam que a simples edição de norma reguladora, exigindo do Contribuinte determinada conduta não é suficiente para embasar a apropriação de créditos fiscais de ICMS.

Frisam que a legislação federal que obriga o Autuado a marcar seus produtos não tem natureza de legislação tributária do ICMS, afastando assim qualquer possibilidade de aproveitamento dos créditos desses marcadores. Registram que os marcadores não podem fazer parte dos custos, pois que são adicionados quando do produto já pronto e acabado, assumindo a natureza de despesa, no caso despesa de venda. Arremata relatando que deve ficar claro que já existe decisão neste Conselho sobre este tema, como se pode ver no Acórdão JJF N° 0114-04/10, cujo teor reproduz parcialmente.

Ao cuidar da glosa dos créditos do Dióxido de Carbono, afirma que o Laudo Técnico “IT 2012-004”, citado, informa que: “O Dióxido de Carbono (CO₂) é usado na neutralização da “soda gasta” na Unidade de Termoxidação. Cita que nesta unidade, a soda gasta proveniente do sistema de lavagem cáustica do gás de carga de Olefinas, é tratada antes do lançamento desta corrente no sistema de efluente orgânico” e acrescenta, agora no parecer técnico “IT 2012-005”, concluindo: “Assim fica caracterizado o uso de gás carbônico como insumo para neutralização de efluentes, um controle ambiental fundamental para o processo da UNIB”. Assinalam que o Autuado confessa, em informação fornecida aos Autuantes, no curso da ação fiscal, que o Dióxido de Carbono só é utilizado no tratamento de efluentes, ou seja, numa função em que não dá direito ao crédito. Afirma que não foram eles que assim o quiseram, mas apenas usaram a informação do Autuado. Frisam que apesar da confissão do Autuado no laudo técnico informando que utiliza-se do produto para tratar seus efluentes orgânicos, a defesa traz aos autos equivocado parecer de diligência, totalmente contrário aos fatos e a suas declarações do Autuado, parecer este que conclui em sentido oposto à informação do próprio Autuado. Arrematam destacando que como ainda não houve julgamento do Auto de Infração trazido aos autos esta informação deixa de servir de paradigma.

No tocante ao produto Alumina Ativada. Citam o parecer técnico “IT-2009-001”, também colacionado no CD apensado, assinalam que o Autuado descreve a função da alumina como um elemento filtrante. Registra que este Conselho, de há muito, já firmou entendimento de que filtros não dão direito ao aproveitamento de créditos em suas aquisições.

Em relação ao produto Argila Filtrol BASF, revelam que o laudo “IT-2009-001”, fornecido pelo Autuado no curso da ação fiscal, afirma que: “a argila que tem a função de adsorver os insaturados desta corrente...”. Sustentam que, da mesma forma que a Alumina Ativada, a Argila tem a função de filtro. Reafirma que os elementos filtrantes, reconhecidamente, não têm sido contemplados com direito a apropriação dos créditos fiscais de ICMS por suas aquisições.

Quanto ao item Hidróxido de Sódio (a soda cáustica), revelam que a defesa alega desconhecer o índice de 67% utilizado pelos Autuantes na glosa. Informam que no curso da ação fiscal intimaram o Contribuinte a fornecer as funções em que utiliza a soda cáustica e o respectivo percentual em cada uma dessas funções. Asseveram que a resposta nos foi entregue no laudo “IT-2001-008”, igualmente acostado, por meio magnético, na pasta “Laudos Uso Consumo”, no CD apensado aos autos, onde consta o índice de 67% aplicado às unidades de tratamento de água e efluentes, funções estas já consolidadas em entendimento por este Conselho como utilizações sem direito ao aproveitamento dos créditos fiscais de ICMS, por suas aquisições. Alertam que a parcela cujos créditos foram estornados não é a que se refere a defesa na fl. 63, item 52, como visto no laudo fornecido. Observam que o Impugnante colaciona decisão administrativa sobre glosa de crédito de ICMS por aquisições de soda cáustica, fl. 63. Asseveram que este acórdão não se presta por paradigma por dois motivos: o sujeito passivo não é o Autuado e a função da soda cáustica naquele processo produtivo não é a mesma função em que foram glosados tais créditos.

Afirmam que a partir da fl. 65 o Autuado foge ao ônus da impugnação específica (v. art. 302 do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF), apresentando uma defesa generalizada para vários produtos, sem mesmo elencar a todos. Frisam que a defesa alega que assim agiu em função de que os Autuantes descreveram genericamente os produtos autuados e aduz cerceamento de defesa em função desta conduta dos Autuantes. Ponderam que na verdade foram utilizadas a descrição do produto trazida na nota fiscal. Sustentam que não criaram nomenclatura nova alguma para qualquer produto, uma vez que todos estavam assim identificados em suas respectivas notas. Acrescentam destacando que os levantamentos apresentam, além da descrição do produto, o número da nota fiscal. Frisam que qualquer dúvida que pudesse haver nos levantamentos seria facilmente sanada por uma consulta à própria nota, já que estas estão na posse da Autuada, não precedendo assim a alegação de cerceamento de defesa.

No tocante ao produto Ácido Sulfúrico, destacam que o impugnante confessa (item 81) que parte de seu uso é no tratamento de efluentes, alegando que o percentual da glosa de 30% é do exercício de 2010 e que este percentual não poderia ter sido utilizado no exercício fiscalizado. Informam que no laudo “IT-2001-008”, já anteriormente citado, fornecido pelo Autuado no curso da ação fiscal, apesar de desconhecido pela defesa, apresenta os percentuais de uso em cada função no exercício fiscalizado. Revelam que a defesa transcreve Acórdão em que é concedido direito ao crédito de ICMS nas aquisições de ácido sulfúrico. Afirma que esse acórdão deixa de servir de paradigma a partir do momento em que não específica qual o uso do ácido sulfúrico em que se concedeu direito ao crédito. Afirmam terem o mesmo entendimento dos Julgadores no acórdão citado, de que parte do ácido sulfúrico adquirido, não relacionado ao tratamento de efluentes e tratamento de água, deve permitir o direito ao aproveitamento dos créditos fiscais de ICMS. Assim, com base no laudo fornecido pelo Autuado, destacando uso e percentual em cada função, os Autuantes elaboraram os levantamentos que ensejaram o lançamento de ofício, aqui em análise. Frisam que esse Conselho já exarou decisão sobre créditos fiscais de ICMS nas aquisições de Ácido Sulfúrico, neste Contribuinte, como se vê no ACÓRDÃO JJF Nº 0200-05/12, cujo teor trecho reproduzem,

No que concerne aos produtos Resina Purolite, Resina Aniônica Amberlite e Catiônica Amberlite, afirmam que a defesa alega que estas resinas têm a função de remoção de íons da água (item 95). Revelam que resta claro que a função destas resinas é a de elemento filtrante, portanto sem direito a apropriação de créditos fiscais de ICMS por suas aquisições.

Quanto ao produto Cloro Líquido, ponderam que, apesar da impugnação não especificar exatamente qual a função do cloro nas etapas que descreve (item 98), é por demais sabido que o cloro só tem uma função em tratamento de água, que é a função bactericida. Reafirmam que esta função não confere direito à apropriação de crédito fiscal de ICMS, quando da aquisição do produto.

Em relação aos produtos Sulfato Alumínio e Cal, destaca que a defesa aduz que juntamente com o cloro estes produtos têm a função única de tratar a água clarificada. Reafirma que esse Conselho tem posição firme no sentido de não permitir a apropriação de crédito fiscal de ICMS nesta função.

Quanto ao produto Nalco ASP 20, o parecer “IT-2012-008” já citado, afirma que também este produto é utilizado no tratamento de água e na “prensa de lama”, ou seja; também é usado no tratamento de efluentes. Registram que nenhuma dessas funções tem sido permitida a apropriação de crédito fiscal de ICMS por sua aquisição.

Frisam que o Autuado apresenta a impugnação ao Carbonato de Sódio, porém nem a impugnação nem o laudo fornecido no curso da ação fiscal, o “IT-2012-005”, adentram nas funções do produto, limitando-se a informar que a mercadoria é usada no tratamento. Asseveram que seguindo entendimento desta Corte, os produtos assim utilizados não devem ter seus créditos de ICMS apropriados.

No que diz respeito ao pleito da defesa pelo refazimento da escrita fiscal, observam que o Auto de Infração, quando de sua lavratura, é apenas uma presunção, já que pode ser mantido, reduzido em sua exação ou mesmo anulado ou ainda ser julgado completamente improcedente. Por isso indagam como, então, se refazer a escrita sem um valor definitivo, líquido e certo, da exação. Revelam que este pleito só poderia ter sucesso após a decisão definitiva em esfera administrativa. Apontam outro obstáculo ao refazimento da escrita do Autuado, tendo em vista que na mesma data em que foi lavrado este auto de infração os Autuantes lavraram outros seis autos contra o Autuado. Observam que o refazimento da escrita implicaria em somar todos os autos ainda não homologados ou não arquivados do Autuado e confrontar com seu saldo credor no mês do lançamento. Arrematam assinalando que só para fins de exercício, incluindo este PAF, o valor da soma dos Autos de Infração como se pode verificar em planilha que acosta à fl. 119, cujo total do saldo credor atinge o montante de R\$234.141.248,81.

Ponderam ser mais vantajoso para o Autuado o pagamento do Auto de Infração no prazo de 30 dias, utilizando-se de seu saldo credor e com a exclusão legal da multa imposta.

Quanto à solicitação de diligência fiscal, destacam que no caso em discussão, todo material necessário à formação de juízo de verdade por parte dos Julgadores encontra-se no PAF. Observam que os levantamentos elaborados com base na legislação tributária e, agora, os esclarecimentos prestados nas questões levantadas pelo Autuado dispensam qualquer necessidade de diligência ou perícia, já que não há nada referente ao lançamento de ofício que esteja fora dos autos.

No tocante à Infração 02, frisam que não houve impugnação específica a qualquer item dessa Infração. Registraram que, apesar de discutir longamente a Infração 01, o Autuado se cala em relação à Infração 02, sendo esta apenas citada e tendo seus valores expostos, como parte integrante do Auto de Infração. Salientam que não se vê, ao longo da peça impugnativa, qualquer irresignação no tange ao lançamento contido na Infração 02. Asseveram que com esta conduta o Autuado fugiu do ônus da impugnação específica, na forma do art. 302 do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF-BA/99. Arrematam assinalando que em função disto requererem que a Autuada seja declarada revel em relação à Infração 02, pois já não é mais possível apresentar defesa em relação a este item, a partir do momento que já se processou a preclusão. Afirmam que a discussão do mérito provou que as operações que o Autuado realizou procedimentos que infringem a legislação tributária, operando-se o surgimento de crédito tributário em favor da Fazenda Pública, que aqui se quantifica.

Concluem pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal prestada pelo autuante, o sujeito manifestou-se às fls. 125 a 138, além de manter integralmente toda a sua argumentação articulada em sede de defesa, tece comentários acerca de vários argumentos articulados pelos Autuantes.

Comenta o fato de os Autuantes não respeitarem o ao Parecer ASTEC elaborado pelo CONSEF, observando que certamente tal postura não passará despercebida por essa JJF. Afirma que o Parecer ASTEC que invocou em sede defesa foi formulado por um auditor fiscal da SEFAZ/BA que, inclusive, compõe uma das JJJFs do CONSEF como julgador e, ademais, foi confeccionado nos termos da decisão da 4^a JJF, sem qualquer margem de discricionariedade do Fiscal Diligente.

Registra que no referido precedente da 4^a JJF, após visita *in loco* ao conjunto de parques industriais da UNIB e análise depurada do processo produtivo, ficou clara a destinação do produto Dióxido de Carbono (CO₂) utilizado no estabelecimento autuado e também a determinação de excluir o produto Tracerco do demonstrativo das glosas, não sendo crível a afirmação de que o mencionado precedente não servirá de paradigma para formação de convencimento ao caso em análise.

Em relação aos Laudos invocados pela Fiscalização registra ser é titular de diversas plantas industriais no Estado da Bahia, cada qual com suas especificidades de processos produtivos e

diversidades de empregos de insumos e produtos acabados, sendo o julgamento em análise focado apenas nas plantas industriais da UNIB (Unidade de Insumos Básicos).

Revela ser necessário o devido conhecimento e contextualização do processo produtivo da UNIB, o que pode ter ensejado os múltiplos equívocos da Fiscalização ao utilizar laudos sem a devida contextualização fática ou eventualmente defasados em razão do tempo, gerando distorções na autuação, sendo imperioso que esta JJF leve em consideração a realidade da UNIB nos fatos geradores autuados (exercício de 2011), tal como procedeu a 4ª JJF na instrução do Auto de Infração nº 271330.0001/11-5, onde estavam sendo julgados os créditos das compras dos insumos e produtos intermediários do estabelecimento autuado UNIB no exercício de 2010.

Afirma que impugna, desde já, os supostos Laudos invocados pela Fiscalização utilizados sem a devida contextualização aos fatos geradores autuados e conexos ao processo produtivo do estabelecimento autuado, devendo ser levado em consideração apenas os Laudos utilizados na peça defensiva, sob pena de cerceamento ao direito ao contraditório e à produção de provas no processo administrativo fiscal.

Pondera que a postura da Administração não deve ser maniqueísta e pretender a todo custo “salvar” uma autuação equivocada, mas sim, deve ter a humildade e isenção para proceder à análise detida de cada um dos itens que compõem o Auto de Infração, à luz do efetivo emprego dos produtos e materiais nas plantas industriais, investigando a realidade operacional do caso concreto no momento do fato gerador. Prossegue assinalando que essa cautela não foi observada pela Fiscalização que lavrou um Auto de Infração sem investigar com detalhamento as compras efetuadas pela UNIB no exercício de 2011 e seus respectivos empregos no processo produtivo.

No que diz respeito a alegada defesa genérica dos demais itens constantes da autuação, frisa que essa afirmação também distorce a realidade dos fatos. Diz que lhe cabe se defender da capitulação formulada no instrumento do Auto de Infração, o que foi procedido a contento. Revela que o demonstrativo do Fiscal se reporta a mais de 1200 Notas Fiscais. Afirma que caberia sim ao Fiscal mencionar ou ao menos classificar em grupos os produtos e explicar o motivo pelo qual procedeu a glosa dos créditos no corpo da acusação do Auto de Infração.

Para refutar as ponderações articuladas pelos Autuantes ao prestarem a informação fiscal, reitera de forma pormenorizada a utilização em seu processo fabril dos seguintes produtos arrolados no levantamento fiscal: Nitrogênio, Tracerco, Dióxido de Carbono, Alumina Ativada AXSORB, Argila Filtrol BASF, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Purolite e Resina Aniônica Amberlite, Cloro Líquido, Sulfato Alumínio e Cal, Nalco - ASP 20, (Antigo 8170) e Inibidores de Corrosão.

Assevera não ser argumento jurídico capaz de tornar procedente a autuação a alegação dos Autuantes de que os cálculos do refazimento da Escrita seriam complexos e que seria mais vantajoso pagar o Auto de Infração.

Revela ser cediço que, no âmbito do ICMS, o imposto devido é calculado mediante o confronto de débitos e créditos do contribuinte, segundo a sistemática de cálculo do imposto e de acordo com o princípio da não-cumulatividade.

Ressalta que a cobrança do imposto perpetrada, jamais poderia resultar na exigência de imposto sem antes a Fiscalização proceder à recomposição de toda a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado. Lembra que, em alguns períodos de apuração, a operação do estabelecimento pode ter sido credora, conforme os próprios Autuantes pontuaram às fls. 119.

Arremata frisando que a ausência de reconstituição da escrita fiscal para fins de quantificação do tributo devido, nos termos do art. 142 do CTN e do art. 18 do RPAF-BA/99, afronta a sistemática de apuração do ICMS, jungida que está à não-cumulatividade, não havendo clareza da demonstração do imposto exigido.

Conclui solicitando que: a) - seja analisado cada um dos itens controvertidos na defesa administrativa, à luz do processo produtivo da UNIB, contemporaneamente aos fatos geradores fiscalizados e autuados; b) - realizada diligência fiscal por auditor estranho ao feito, em relação ao processo produtivo da UNIB, a fim de que fiquem ratificados todos os fatos e elementos já colacionados aos autos; seja impugnados todos os Laudos e precedentes invocados pelos Autuantes que não consideraram as especificidades do caso concreto e/ou os fatos geradores autuados, devendo essa JJF fazer esse cotejo cuidadoso desses elementos, tal como já procedeu a 4ª JJF no paradigma citado do exercício de 2010.

O processo foi remetido em diligência à ASTEC do CONSEF, fl. 143, para adoção das seguintes providências:

1 – intimasse o autuado a esclarecer de forma expressa e detalhada com o objetivo de ser verificado *in loco* de que forma todos os produtos relacionados nas Infrações 01 e 02, efetivamente, participam de seu processo produtivo, bem como, especificando se foram integralmente utilizados no estabelecimento autuado, ou se parte deles foram transferidos para outros estabelecimentos ou vendidos;

2 – elaborasse novo demonstrativo, para as Infrações 01 e 02, nos moldes do constantes no CD, fl. 25, com cópia entregue ao autuado, fazendo constar em coluna adicionada, a descrição pormenorizada e o percentual utilizado no processo produtivo do autuado, para cada nota fiscal de aquisição.

A auditora designada pela ASTEC, em resposta à diligência, emitiu o Parecer nº 0033/2014, fls. 146 e 147, ao informar o cumprimento da diligência observa que considerando que o trabalho da fiscalização para determinação das infrações em análise, conforme declaração dos autuantes, teve por base laudos técnicos elaborados pela própria empresa, constantes do CD, fl. 05, e impresso às fls. 233 a 299, no qual consta o percentual de utilização no processo produtivo para alguns produtos do levantamento fiscal.

Sugere a diligente que de posse da documentação que acosta aos autos que seja decidido quais os produtos devem ser mantidos no levantamento fiscal e em que proporção a fim de que seja elaborado o novo demonstrativo de débito solicitado.

Em pauta suplementar essa 3ª JJF decidiu converter os autos em nova diligência a ASTEC, fl. 304, para que diligente designado intimasse o autuado a apresentar relação mensal do exercício fiscalizado demonstrando a participação percentual da destinação dos produtos industrializados, água desmineralizada, água potável e água clarificada, ou seja, qual percentual do volume da produção mensal foi destinado à venda (devidamente comprovado com notas fiscais emitidas) e o volume internamente utilizado pelo estabelecimento autuado.

Em atendimento ao pedido de diligência a diligente designada pela ASTEC apresenta o resultado através de Parecer ASTEC Nº 0115/2014, fls. 307 e 308, informando que da análise dos números apresentados em comparação com os documentos fiscais de comercialização e transferências referentes a produção, consumo e venda de água se confirmam os seguintes índices: a) - UO73 - Água Desmineralizada (Consumo Interno = 62,12%; Vendas e Transferências - 37,88%); b) U081 – Água Clarificada (Consumo Interno = 57,02%; Vendas e Transferências - 42,98%) e c) - UO99 - Água Potável (Consumo Interno = 49,91%; Vendas e Transferências – 50,09%).

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência o autuado se manifesta às fls. 347 a 350, acolhendo o resultado dos percentuais apresentados na diligência e reafirmando sua tese defensiva de que em relação ao percentual dos produtos, objeto da diligência, consumidos internamente também deve ser reconhecido o crédito de ICMS, por ser empregado na atividade fim da empresa. Conclui pugnando pela insubsistência da autuação.

Em nova diligência solicitada por essa 3ª JJF à ASTEC, fl. 356, para que fossem elaborados nos demonstrativos de débito admitindo-se crédito proporcional às saídas tributáveis da seguinte forma: a) - Água Clarificada - 42,98%, para os produtos: Cloro Líquido, Sulfato de Alumínio e

Polieletrolito Nalco; b) Água Desmineralizada - 37,88%, para os produtos: Resina Purolite, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Catiônica e Sal Fino e; c) Água Potável - 50,09%, para os produtos: Carbonato de Sódio - 98% e Cal Hidratada. Foi solicitado também que fosse procedida a exclusão dos valores relativos aos produtos Traterco, das infrações 01 e 02 e Gás Dióxido de Carbono da infração 01.

Ás fls. 360 a 362, o diligente designado da ASTEC apresenta o resultado da diligência através do Parecer ASTEC nº 0068/2016, no qual explicita e detalha o atendimento da diligência que culminou com elaboração de novo demonstrativo de apuração e de débito, acostado às fls. 363 a 400, e CD, fl. 401, discriminando o valor do débito remanescente da Infração 01 - R\$1.422.830,70 e da Infração 02 - R\$31.222,15.

Instado a se manifestar acerca do resultado da diligência, o impugnante se manifesta às fls. 405 a 409, reiterou suas razões de defesa, asseverando que tendo em vista a comprovação de que os produtos revisados na diligência foram efetivamente empregados na atividade fim do estabelecimento autuado e por não terem sido aplicados no tratamento de efluentes ou em torres de resfriamento, deve ser confirmada também a redução do crédito tributário remanescente apurado na diligência.

Na assentada do julgamento, em sustentação oral, o patrono do autuado, depois de sustentar suas razões de defesa já articuladas em suas intervenções no decorrer do processo, em relação ao resultado da última diligência que apurou os percentuais proporcionais (Vendas e Transferências x Consumo Interno) dos produtos utilizados na fabricação de Água Desmineralizada, Água Clarificada e Água Potável, ressaltou que deve ser confirmada de plano a redução do crédito tributário revisado. Entretanto, pugnou que dos percentuais dos créditos glosados atribuídos como Consumo Interno (Água Desmineralizada - 62,12% e Água Clarificada - 15,5%) e mantidos na autuação, sejam excluídos também 87,8% e 15,5%, respectivamente, por terem sido esses empregados na produção de vapor d'água, importante insumo de seu estabelecimento industrial, ressalvando que o vapor d'água gerado não foi aplicado para o tratamento de efluentes e nem torres de resfriamento.

Ponderou também que o produto Alumina Ativada AXSORB é empregado diretamente no processo produtivo, onde em pelo contato direto com as correntes de produtos em processamento, atuam como materiais adsorventes, promovendo a adsorção em seus sítios ativos de contaminantes e/ou substâncias indesejáveis nos produtos, obtendo-se, desta maneira, os produtos com especificações técnicas necessárias para os fins que se destinam.

Questionou também o patrono o fato de que a autuação considerou a glosa de 2%, em relação às aquisições do produto Nitrogênio Gás Tubovia - GTV e manteve a glosa de 100% nas aquisições de Nitrogênio Líquido Tanque Carreta, sem qualquer fundamento. Sustentou que esses dois produtos são adquiridos do mesmo fornecedor, a White Martins, têm a mesma propriedade e a mesma aplicação no processo produtivo da UNIB, inclusive, em termos de percentuais de emprego no processo produtivo.

VOTO

No que concerne à validade do procedimento administrativo, constato que o autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, bem como através das diversas diligências realizadas no decurso processo na busca da verdade material.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo deficiente aduzindo a necessidade do refazimento de sua escrita fiscal para que o imposto devido fosse confrontado com eventual saldo credor no período de apuração em sua escrita fiscal em respeito ao princípio da não-cumulatividade, não deve prosperar, haja vista a impossibilidade de se realizar o refazimento da escrita fiscal toda vez que o sujeito passivo for autuado antes do julgamento da lide, sob pena de refazer a escrituração em base ainda valores ainda não apurado definitivamente no âmbito administrativo. Logo, definido o valor da glosa de crédito, em havendo saldo credor no período apurado, poderá o sujeito passivo requerer à Repartição Fazendária de sua jurisdição a compensação. Nestes termos, entendo não ocorrido no presente caso qualquer violação ao princípio da não-cumulatividade e rejeito a preliminar de nulidade direta ou indiretamente suscitada.

No mérito o Auto de Infração é constituído de duas infrações.

A infração 01, visa o lançamento de ofício exigir o ICMS pela utilização indevida de crédito na aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no exercício de 2011, valor global de R\$2.061.466,12. A infração 042 exige diferencial de alíquotas sobre a aquisição interestadual do respectivo material para uso e consumo, no valor de R\$52.369,13.

Os materiais adquiridos e objeto das infrações estão discriminados no “Anexo A-1”, no CD fl. 05, autos.

São os seguintes produtos listados no Anexo A-1 Deemonstrativo de Apurção e de Débito: Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Hidróxido de Sódio em Solução, Ácido Sulfúrico, Tracerco, Cloro Líquido, Gás Dióxido de Carbono, Sulfato Alumínio, Alumina Ativada Axsorb, Inibidores de Corrosão e Agentes Neutralizantes, Resina Aniônica, Dispersante Inorgânico (Trasar e Nalco), Resina Catiônica Hipoclorito de Sódio, Nitrogênio Gás Tubovia, Argila Filtrol 24 – Basf, Amina Neutralizante, Nitrogênio Liq Carreta, Sal Fino, Carbonato de Sódio, Anti-polimerizante, Biodispersante Org – Nalsperse, Polieletrólito - Nalco ASP20, Dispersante, Cal Hidratada, Petroflo 20Y3414 Inibidor Radical Livre, Biocida Nalco, Emulsão Polimérica, Antifoulant Petroflo, Sequestrante de Oxigênio, Hipóclorito de Cálcio,

Em suas razões de defesa nas diversas manifestações nos autos o sujeito passivo refutou as acusações sob o fundamento de que as aquisições arroladas no levantamento fiscal são insumos e produtos intermediários indispensáveis ao processo produtivo, inclusive na produção de água desmineralizada, clarificada e potável, produtos que consome internamente, comercializa e transfere para seus outros estabelecimentos, apresentando descrição da utilização das referidas mercadorias.

Os autuantes ao prestarem informação fiscal mantiveram a autuação dos dois itens sustentando que, mesmo os materiais arrolados no levantamento fiscal são utilizados no tratamento de água, limpeza, elementos filtrantes, cujas características não são suficientes para caracterizá-los como insumos ou materiais intermediários. Sustentaram que as aquisições de tais produtos não ensejariam direito ao crédito fiscal e deveriam pagar, em contrapartida, a diferença de alíquotas.

O regramento que baliza a utilização de crédito fiscal é estatuído pelo RICMS-BA/97, no §1º do art. 93, que sintetiza nestes termos o regime do *crédito fiscal*, traduzindo a positivação dos arts. 24 a 31 da Lei nº 7.014/96:

“§ 1º. Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

- a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;
- b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou
- c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso; e

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.”

Do dispositivo regulamentar acima reproduzido, em sintonia com as demais normas regulamentares atinentes ao regime de compensação do ICMS, chega-se à conclusão de que o direito ao crédito, dentre outros requisitos, no presente caso, depende do atendimento a determinados requisitos, a saber: as mercadorias ou bens adquiridos e os serviços tomados devem: estarem vinculados à industrialização, serem empregados no processo de industrialização ou integrar o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à industrialização.

Os autos foram baixados em diligência à ASTEC/CONSEF para diligente *in loco* constatasse a fidedignidade da descrição pormenorizada fornecida pelo impugnante relativa à efetiva utilização dos materiais arrolados no levantamento fiscal no processo do estabelecimento autuado. E em seguida foram convertidos em nova diligência para que fossem apurados os percentuais dos volumes da produção mensal de água potável, desmineralizada e clarificada destinado a venda devidamente comprovada com a emissão de notas fiscais.

Apurados os índices de vendas da produção de água pelo autuado, nova diligência foi solicitada para que fosse considerado o crédito fiscal proporcionalmente as saídas tributáveis dos seguintes produtos: Cloro Líquido, Sulfato de Alumínio e Polieletrolito Nalco ASP20, Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Aniônica, Resina Catiônica e Sal Fino (NaCl), Carbonato de Sódio e Cal Hidratada e que também fossem excluídos do levantamento fiscal o produto Traterco das infrações 01 e 02, e o produto Gás Dióxido de Carbono.

O diligente designado da ASTEC, depois de proceder às exclusões solicitadas, apresentou o resultado da diligência e elaborou novo demonstrativo de débito que acostou às fls. 363 a 400, o qual discrimina a redução do débito da infração 01 para R\$1.422.830,70 e da infração 02 para R\$31.222,15.

Ao se manifestar sobre o resultado da diligência o Autuado, fls. 405 a 409, afirmou que tendo em vista a inequívoca comprovação de que os produtos revisados na diligência fiscal foram efetivamente empregados na atividade fim do estabelecimento deve ser confirmada a redução do crédito tributário para R\$1.422.830,70, na infração 01 e para R\$31.222,15 na infração 02.

No entanto, o defendente requereu que fossem também reconhecidos os créditos relativos à parte do percentual da utilização interna dos produtos apurados na diligência utilizados na produção da Água desmineralizada e da Água Clarificada, vez que são empregados na geração de vapor d'água insumo importante em sua unidade fabril. Em suma, pleiteou a redução da glosa dos créditos indevidos remanescentes apurados na diligência nos seguintes termos: de 87,8% dos 62,12% do consumo interno da Água Desmineralizada e 15,5% dos 57,02% do consumo interno da Água Clarificada.

Não acolho a pretensão do impugnante, haja vista que os produtos em questão, objeto dos itens 01 e 02 da autuação, são utilizados para o tratamento de água industrial, cujo objetivo retirar as impurezas da água bruta, ou sejas, eliminar os sais minerais e outros contaminantes para reduzir a corrosão das tubulações e o desgaste acentuado das caldeiras na geração de vapor d'água. Nestes termos, independente da utilização do vapor d'água no processo fabril, o entendimento reiterado deste CONSEF é de que os produtos empregados no tratamento de água são materiais de consumo e não dão direito ao creditamento, salvo quando a água tratada integrar o produto final, como é o caso da indústria de bebidas e refrigerantes.

Alegou a defesa que, sem qualquer fundamento, ocorreria a glosa de 100% do crédito nas operações com Nitrogênio Líquido Tanque Carreta, diferentemente da glosa de 2% aplicada ao

produto Nitrogênio Líquido Tubovia, tratamento distinto e inexplicável, uma vez que se trata do mesmo produto oriundo do mesmo fornecedor e têm as mesmas propriedades e aplicação em seu processo produtivo, cuja única distinção é que um é fornecido por tubovia e o outro por carreta rodoviária. Também não acolho o argumento do autuado, tendo em vista que ao compulsar os elementos informativos técnicos de seu processo produtivo, fornecidos pelo próprio defendant, por ocasião do atendimento da diligência realizada por preposto da ASTEC constato, às fls. 299, restar evidenciado que, ao contrário do que afirmou o defendant, o produto Nitrogênio Líquido Tanque Carreta é utilizado conforme, consta no “Informe Técnico IT- 002/2011 Laudo Técnico”: Função no Processo Produtivo da Braskem - UNIB-BA – “*Gás inerte usado em vários sistemas do processo produtivo da UNIB, com o objetivo de fazer purgas dos hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura destes equipamentos para manutenção.*” Consta do referido laudo o Cod. SAP do Produto 565794 e a Descrição do Produto - NITROGENIO LIQ TQ CARRETA. No mesmo Laudo consta o Cod. SAP do Produto 554103 para o Nitrogênio Gás Tubovia, fl. 298.

Assim, entendo que os autuantes procederam corretamente ao aplicar a glosa de 100% para o produto, Nitrogênio Líquido Tanque Carreta, uma vez que é integralmente aplicado na purga dos hidrocarbonetos do sistema. Fica mantido esse item da autuação.

Em relação ao produto, Alumina Ativada AXSORB, informado pelo autuado por ocasião do atendimento à diligência, às fls. 181 e 182, entendo que no presente caso, cabe razão ao autuado, uma vez que no presente caso se trata de material intermediário que atua no fluxo do processo produtivo promovendo a adsorção de substâncias indesejáveis principalmente o enxofre do Isopreno Cru. Assim, devem ser excluídas da infração 01, do Demonstrativo acostados às fls. 303 a 400, a Nota Fiscal de nº 630, de 26/01/11, no valor de R\$10.881,21, fl. 365, a Notas Fiscais de nº 681, de 16/03/11, no valor de R\$61.569,15, fl. 370, e a Nota Fiscal de nº 731, de 26/05/11, no valor de R\$36.182,79, fl. 375, perfazendo o total de R\$108.633,15.

Na infração 02 é imputada ao autuado a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, relacionados na infração 02.

Observo que a infração em tela encontra-se diretamente vinculada ao item anterior. São mercadorias utilizadas no tratamento de água, razão pela qual entendo que restou caracterizada, uma vez que é devido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Trata-se de mercadorias que foram objeto da infração 01, e efetivamente são mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento autuado, conforme fundamentação referente ao item anterior do Auto de Infração, além de não ter direito ao crédito relativo às aquisições dos referidos produtos, é devido o pagamento do diferencial de alíquota.

A exigência do ICMS diferencial de alíquota tem fundamento de validade diretamente na Constituição expressa nos incisos VII e VIII do §2º do art. 155, em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, incidindo alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto. Nessa hipótese, caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Ao compulsar especificamente o novo demonstrativo de débito, elaborado pelo diligente, constato que, com exceção do produto, Alumina Ativada AXSORB, abordado acima, os valores apurados correspondem, efetivamente, aos ajustes decorrentes das exclusões do levantamento fiscal das operações resultaram em saídas tributáveis.

Assim, o demonstrativo de débito elaborado pelo diligente da ASTEC, fl. 363, o “Valor Histórico” dos débitos das datas de ocorrências nos meses de janeiro, março e maio de 2011, passam respectivamente, para R\$64.599,93, R\$268.167,22 e R\$100.552,20.

Comparativo dos períodos corrigidos Diligência x Julgamento

Data Ocor.	A. I.	DILIGÊNCIA	JULGAMENTO
31/01/11	145.917,23	75.481,14	64.599,93
31/03/11	441.908,62	329.736,37	268.167,22
31/05/11	191.098,91	136.734,99	100.552,20

Assim, a infração 02 restou parcialmente caracterizada.

Nesses termos, acolho o resultado da diligência materializado no novo demonstrativo de débito elaborado pelo diligente e acostado às fls. 364 a 400, e com exclusão do produto Alumina Ativada AXSORB, reduz a exigência da infração 01, para R\$1.314.197,55, e da infração 02, para R\$31.222,15, conforme discriminação a seguir demonstrada.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Infração	Auto de Infração	Julgamento	
01	2.061.433,12	1.314.197,55	Proc. em Parte
02	52.369,13	31.222,13	Proc. em Parte
TOTAL	2.113.802,25	1.345.419,68	

Ante o exposto, o valor débito do presente Auto de Infração, com os ajustes acima aludidos, passa para R\$1.345.419,70, que resulta na subsistência parcial dos itens 01 e 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0008/12-8, lavrado contra BRASKEM S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.345.419,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, alínea “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0212-03/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO OU CONSUMO. MATERIAIS DE USO OU CONSUMO CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Diligência realizada pela ASTEC demonstrou que alguns dos materiais arrolados no levantamento fiscal têm utilização vinculada ao processo fabril e nele é diretamente exaurido, os quais foram excluídos da exigência, consoante previsão do §1º, inciso I, “a” e “b” do art. 93 do RICMS-BA/97, e mantidas as relativas aos produtos que não são aplicados nas atividades produtivas, nem se enquadram no conceito de insumo, ou seja, trata-se de materiais de uso ou consumo. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. MATERIAIS DE USO OU CONSUMO CONSIDERADOS PELO AUTUADO COMO INSUMO. Diligência realizada pela ASTEC demonstrou que alguns dos materiais arrolados no levantamento fiscal têm utilização vinculada ao processo fabril e nele é diretamente exaurido, os quais foram excluídos da exigência, consoante previsão do §1º, inciso I, alíneas “a” e “b” do art. 93 do RICMS-BA/97, e mantidas as relativas aos produtos que não são aplicados nas atividades produtivas, nem se enquadram no conceito de insumo, ou seja, trata-se de materiais de uso ou consumo. Infração parcialmente mantida. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/12, diz respeito aos seguintes fatos:

Infração 01- 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Sendo lançado imposto no valor de R\$2.061.433,12, mais multa de 60%;

Infração 02- 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias proveniente de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Sendo exigido o imposto no valor de R\$52.369,13, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte, por meio de advogado com procuraçāo às fls. 85 e 86, defende-se, fls. 45 a 83, articulando os argumentos sintetizados na forma que se segue.

Inicialmente observa que o processo produtivo realizado no estabelecimento autuado, a Unidade de Insumos Básicos - UNIB, está inserido na 1^a geração da cadeia plástica, fornecendo insumos para 2^a geração. Apresenta quadro ilustrativo da cadeia plástica para melhor visualização da inserção da UNIB nesta importante cadeia econômica.

Afirma que a UNIB é especialmente responsável pelo ciclo de negócios ligados à produção de matérias-primas básicas como eteno, propeno e cloro, fundamentais para a segunda geração, que produz as resinas termoplásticas.

Observa que a Central de matérias primas básicas é composta de quatro grupos de unidades industriais assim denominadas: Unidade de Olefinas I (UO-I), Unidade de Olefinas II (UO-II), Unidade de Aromáticos I (UA-I) e Unidade de Aromáticos II (UA-II).

Destaca que além da Central de Matérias Primas Básicas, a UNIB é composta de uma Central de Utilidades, constituída por duas plantas industriais: a) - Unidade Termelétrica (UTE) - dispõe de sistema de cogeração e ar comprimido, para produção de vapor e energia elétrica e b) Unidade de Tratamento de Água (UTA) - dispõe de sistema para produção de água desmineralizada, água potável e água clarificada.

Assinala que durante os inúmeros processos produtivos desenvolvidos pela UNIB, seja através da sua Central de matérias primas ou através da Central de utilidades, são utilizados uma infinidade de insumos, reagentes, aditivos, produtos intermediários, embalagens, para obtenção do seu amplo leque de produtos acabados, dentro das especificações técnicas de cada uma de suas plantas industriais. Apresenta quadro sinótico dos principais produtos acabados industrializados pelas plantas da UNIB.

Depois de reproduzir o teor das duas infrações que compõem a autuação afirma que o trabalho da fiscalização resultou na glosa de créditos incidentes sobre a aquisição de diversos produtos, destacando os mais representativos.

Afirma que os produtos arrolados na autuação são utilizados direta ou indiretamente no processo produtivo da UNIB, sendo, portanto, inconteste o direito ao crédito.

Apresenta os produtos empregados como insumos e/ou como produtos intermediários nas Unidades de Olefinas e Aromáticos: Nitrogênio, Tracerco, Gás Dióxido de Carbono, Alumina Ativada AXSORB, Argila Filtrol BASF, Hidróxido de Sódio. Descreve pormenorizadamente a utilização de cada um desses itens nas Unidades de Olefinas e Aromáticos, fls. 53 a 65.

Em relação aos demais produtos utilizados no processo produtivo das plantas de Aromáticos e Olefinas, afirma que a fiscalização elencou uma infinidade de produtos com empregos variados no processo produtivo da UNIB, classificados sob a genérica rubrica “Inibidores de Corrosão, Biodispersantes, Biocidas, Dispersantes Inorgânicos”, dentre outros.

Destaca que tal postura da Administração, todavia, reforça o cerceamento ao seu direito de defesa ao não justificar o motivo pelo qual cada um dos produtos foi classificados como materiais de uso e consumo.

Destaca que a fiscalização não apresentou qualquer motivação detalhada para cada um dos inúmeros produtos indicados em seu demonstrativo, cabendo ao contribuinte a hercúlea tarefa de detalhar ao máximo possível a utilização dos referidos produtos como insumos ou produtos intermediários.

Assinala que em sua maioria, são produtos integralmente consumidos no processo produtivo, sendo inseridos diretamente na corrente, sem reaproveitamento ou descarte, ocorrendo, ao contrário, reposições periódicas na corrente de tais produtos.

Ressalta que em seu processo industrial da UNIB a temperatura é fator determinante para o sucesso das reações de craqueamento da nafta e dos diversos processos produtivos ali desenvolvidos. Frisa que, nesse contexto, surge a importância de diversos produtos, aditivos

empregados na corrente de produção, com inúmeras funções. Destaca exemplificando as funções: Inibição de corrosão dos equipamentos com a formação de película protetora; Função biocida, controle bacteriológico do crescimento de algas, bactérias e fungos na corrente; Funções dispersantes ou anti-crustantes. Salienta que são empregados aditivos que impedem a formação de polímeros que vão aderir na superfície dos equipamentos impedindo a troca de calor.

Cita como exemplo, no caso dos produtos fornecidos pela empresa Nalco, que são soluções de amina preponderantemente aplicadas nos sistemas de resfriamento das plantas da UNIB.

Informa que sem o emprego de alguns dos produtos da NALCO, os sais presentes na água tornam-se insolúveis, depositando-se nas paredes dos tubos de refrigeração, impedindo o regular funcionamento das plantas da UNIB, podendo causar distorções na temperatura e consequentemente nas reações químicas necessárias à produção dos inúmeros petroquímicos básicos fornecidos pela UNIB para as plantas de 2^a geração.

Assevera, considerando que os produtos classificados sob as rubricas genéricas indicadas são aplicados na corrente de produção, consumidos durante o processo e se dispersam na corrente, é inequívoca a sua característica de produto intermediário, que é passível de creditamento pela sistemática do ICMS.

Relata que a Central de Utilidades da UNIB é constituída por duas plantas industriais: UTE; UTA e utiliza produtos empregados como insumos e/ou como produtos intermediários.

Assinala que depois de minuciosa análise do demonstrativo anexo ao Auto de Infração, identificou que a maioria dos produtos cujo crédito foi glosado está intimamente relacionado à planta da UTA.

Apresenta quadro ilustrativo de suas diversas fases de produção, fl. 68, e discorre sobre a utilização dos insumos e correlatos produtos acabados industrializados nesta planta da UNIB.

Explica que o processo da UTA se inicia com a captação de água bruta do Rio Joanes e de poços artesianos prospectados pela própria Braskem e, na etapa seguinte, essa água recebe tratamentos químicos com diversos produtos nos clarificadores e seguem para os filtros.

Informa que a fase de desmineralização em que a água filtrada passa por filtros de carvão com o objetivo de reduzir o residual de cloro na água e o passo seguinte é a remoção de íons da água, via processo de decationização.

O penúltimo passo consiste no envio da água decationizada para as torres descarbonatoras com o objetivo de reduzir a sua alcalinidade e na sequencia, a água descarbonatada segue para a deanionização, ou seja, a remoção de ânions. Menciona que finalmente a água deanionizada passa por um processo de polimento da qualidade da água, ou seja, um sistema de leito misto, onde são usados nos vasos as resinas aniônicas e catiônicas.

Destaca que após todo esse processo, a UNIB estará pronta para vender os seus produtos acabados industrializados pela UTA: água desmineralizada, água potável e água clarificada. Registra que dentre os clientes da UNIB desses produtos acabados, destacamos a DOW Brasil, ABB Ltda., Proquigel, Unigel, Taminco, BASF. Informa que a UNIB comercializou aproximadamente R\$1.837.899,39, dos referidos produtos, na competência de julho de 2010.

Descreve a utilização e emprego dos produtos glosados pela Fiscalização na UTA e também na UTE.

Hidróxido de Sódio - Diz que além do emprego já descrito do Hidróxido de Sódio, também é utilizado na planta de produção de água clarificada e desmineralizada. Afirma que é utilizado na UTA com a função de fornecer íons hidroxila para substituir os ânions dos sais presentes, possibilitando a desmineralização da água por troca iônica e possibilita a regeneração das resinas catiônicas, consubstanciando um produto imprescindível à síntese da água desmineralizada.

Assevera que o Hidróxido de Sódio é um insumo essencial aos produtos acabados desenvolvidos pela UTA, responsável pelo fornecimento dos produtos acabados da UTA. Diz ser inequívoco o caráter de insumo do Hidróxido de Sódio com seu especial emprego na etapa de desmineralização, devendo o auto ser cancelado neste particular.

Ácido Sulfúrico – Observa que a Fiscalização glosou 70% do Ácido Sulfúrico consumido pela UNIB no exercício de 2011, sem apresentar qualquer justificativa para o arbitramento em tal proporção. Deduz que foi reconhecido como insumo o percentual de 30% de Ácido Sulfúrico consumido da Unidade de Olefinas 1, tomando como base os índices de consumo de 2010, conforme íntegra de um dos laudos anexos acostados ao Auto de Infração. Continua frisando que cerca de 30% do referido produto foi consumido na Unidade de Olefinas-1, para neutralização da soda gasta proveniente do processo produtivo, no exercício de 2010.

Observa que não obstante, ser o índice pertinente ao exercício de 2010, os índices dos exercícios subsequentes ou dos exercícios passados não necessariamente guardam uma linearidade com o exercício autuado no presente auto (2011). Cita como exemplo, no AI 271330.0001/11-5 lavrado contra a UNIB, a Fiscalização glosou o percentual de 48% de todo o Ácido Sulfúrico consumido.

Afirma não haver uma única justificativa no relatório do Auto de Infração que justifique o critério eleito em 2011, o que reforça a nulidade do Auto de Infração neste ponto particular.

Reafirma que o Hidróxido de Sódio acima mencionado, o Ácido Sulfúrico é um importante insumo para o processo produtivo da UNIB na planta da UTA.

Destaca que este produto é usado primordialmente com a função de regenerar a resina de troca iônica, fornecendo os íons H⁺ que irão substituir os cátions dos sais presentes na água, diretamente presente no processo de produção da água desmineralizada.

Revela que o Ácido Sulfúrico possibilita a regeneração da resinas de trocas iônicas - amberlit - ativando a recuperação da capacidade de reação das mesmas, consubstanciando um produto imprescindível à síntese da água desmineralizada

Destaca que, por estar inserido no processo de produção da água desmineralizada produzido pela planta de UTA da UNIB, é incontestável o seu enquadramento como insumo e, por conseguinte, ilegítima a glosa efetuada pela fiscalização.

Cita como exemplo da UNIB no mês de agosto de 2010, comercializou água desmineralizada para diversos clientes, utilizando o ácido sulfúrico como um de seus importantes insumos de produção.

Lembra que a 4^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF reconheceu o direito a crédito da Braskem em relação ao ácido sulfúrico utilizado na UNIB, conforme se infere da passagem abaixo do Acórdão lavrado no AI 269139.0001/09-3, julgado pela a 4^a JJF (Rel. Paulo Danilo Reis Lopes):

Assevera não haver dúvida do caráter de insumo do Ácido Sulfúrico, vez que utilizado diretamente no processo produtivo de suas duas das plantas da UNIB, devendo ser considerado o crédito em sua integralidade. Requer o cancelamento do auto de infração neste particular.

Resina Purolite, Resinas Aniônica Amberlite e Catiônica Amberlite - Informa que, conforme reiteradamente já destacado, ao longo da cadeia produtiva da UTA são utilizados diversos produtos químicos para obtenção dos produtos acabados industrializados por essa importante planta industrial da UNIB, tais como: soda cáustica, ácido sulfúrico, dentre outros.

Revela que tais produtos são imprescindíveis de tal forma que a sua ausência inviabilizaria o processo produtivo da UTA. Afirma que nesse contexto, estão as resinas em análise, cada uma com sua especificidade e aplicação no processo da UTA.

Assevera ser cediço, a água desmineralizada deve estar isenta de íons e cátions para que esteja apta à sua função comercial e sem essa característica, não há como se comercializar o referido produto com o emprego que o mercado consumidor exige.

Assinala que as mencionadas resinas atuam com a finalidade de remoção dos íons (cátions e ânions) da água (cf. <http://www.lenntech.com/Data-sheets/Purolite-A143-L.pdf>). Afirma que a capacidade de reação das mencionadas resinas pode ser regenerada através da utilização de soda cáustica ou de ácido sulfúrico, limitada, entretanto, essa regeneração ao máximo de 2 a 4 anos de uso, quando devem ser trocadas.

Observa que esse processo de desmineralização não se destina à obtenção de qualidade ou tratamento de água, mas sim, à efetiva produção da água desmineralizada, produto autônomo fabricado pela UNIB. Diz ser inequívoco o caráter de insumo das Resinas de trocas iônicas autuadas pela Fiscalização, sob a equivocada premissa de ser um produto de uso e consumo. Requer a retificação da autuação neste particular, a fim de que sejam expurgados os valores indicados no demonstrativo do auto de infração.

Cloro Líquido – Afirma que é o empregado n o processo da UTA em duas importantes fases: nas etapas de clarificação e na etapa de potabilização. Revela ser um dos principais insumos destas fases, onde entra em contato com a corrente e viabiliza o sucesso da clarificação e potabilização da água produzida pela UNIB.

Sulfato Alumínio – Destaca que de igual forma, o Sulfato Alumínio é um importante produto químico do processo da UTA, adquirido junto a empresa Pluriquímica Indústria e Comércio S/A. Esse material é misturado sob agitação à água bruta e tem a função de promover a flocação dos sólidos suspensos na água bruta, possibilitando a precipitação e separação dos sólidos. Revela que na etapa de clarificação, é feita uma injeção de cloro (oxidante), sulfato de alumínio (coagulante) e Cal (alcalinizante). Assinala que esse conjunto de produtos químicos, permite a UNIB produzir Água Clarificada nas características e propriedades exigidas pelo mercado consumidor.

Nalco – ASP 20 – Diz tratar-se de um polieletrólico usado no processo produtivo da UTA, na etapa de clarificação. É dosado nos Clarificadores CF-5201 A/B/C e na Prensa de Lama. Lembra que consoante o precedente acima mencionado, a Fiscalização reconsiderou o seu posicionamento inicial e admitiu o caráter de insumo do Nalco 8170 no processo produtivo da UNIB, conforme o julgado acima invocado da e. 4^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, no AI 269139.0001/09-3.

Carbonato de Sódio – Afirma que é um produto essencial ao processo de potabilização da água realizado na UTA. Revela que de igual forma, a e. 4^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF reconheceu o direito a crédito da Braskem em relação ao carbonato de sódio (cf. AI 269139.0001/09-3, 4^a JJF, Rel. Paulo Danilo Reis Lopes).

Registra que não foram considerados os saldos credores de ICMS existentes no período autuado. Afirma ser cediço que, no âmbito do ICMS, o imposto devido é calculado mediante o confronto de débitos e créditos do contribuinte, segundo a sistemática de cálculo do imposto e de acordo com o princípio da não-cumulatividade. Continua destacando que cada operação ou prestação sujeita ao ICMS gera um crédito em favor do contribuinte, o qual poderá ser compensado com débitos do ICMS incidente em operações posteriores, consolidando-se a premissa de que a quantia a ser desembolsada pelo contribuinte (e, em última instância, transferida ao consumidor/tomador final) a título de ICMS, é o resultado da dedução do ICMS anteriormente cobrado do montante do imposto devido, por imposição constitucional.

Observa a cobrança do imposto perpetrada, jamais poderia resultar na exigência de imposto sem antes a Fiscalização proceder à recomposição de toda a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado. Especialmente considerando que, em alguns períodos de apuração, a operação do estabelecimento pode ter sido credora.

Assevera que a ausência de reconstituição da escrita fiscal para fins de quantificação do tributo devido, nos termos do art. 142 do CTN e 18 do RPAF-BA/99, afronta a sistemática de apuração do ICMS, jungida que está à não-cumulatividade, não havendo clareza da demonstração do imposto exigido. Continua frisando que a necessidade, de recomposição da escrita fiscal, aplica-se para todas as infrações em que há imputação de ICMS a pagar, ou alegação de utilização indevida de crédito fiscal.

Pondera que a contraposição do valor do tributo que se pretende exigir àquele que poderá ser creditado é fundamental para que se apure, por exemplo, a existência, ou não, de prejuízo ao Erário, ou mesmo de crédito em favor da empresa.

Arremata que, nesse sentido, não se tendo realizado a reconstituição de sua escrita fiscal, deve o Auto de Infração deve ser prontamente cancelado por absoluta nulidade.

Pugna nos arts. 123, §3º e 145 do RPAF-BA/99, pela realização de diligência fiscal, por auditor fiscal estranho ao feito, de modo a verificar, *in loco*, a real utilização dos itens impugnados na presente.

Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, subsidiariamente, no mérito, a improcedência o lançamento, com o consequente arquivamento do presente processo.

Os Autuantes prestam informação fiscal, fls. 111 a 120, nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente explicam que o RPAF-BA/99 estabelece que após a ciência do lançamento de ofício o Contribuinte Autuado dispõe do prazo de até trinta dias para quitar ou impugnar o lançamento. Observam que no presente caso houve impugnação parcial do Auto de Infração, restando consumado o direito do Autuado. Afiram que, com a apresentação da defesa, o Autuado consumou um dos atos a que teria direito como resposta ao lançamento contra si efetivado. Sustentam que desta forma, ocorreu a preclusão consumativa. Ressaltam que em relação às notas fiscais ou documentos não discutidos ou não trazidos aos autos pelo impugnante tem-se como produzidos os efeitos da revelia, na forma do art. 319 c/c art. 333, inciso II, do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF-BA/99.

Ao cuidar da Infração 01, observam que o Autuado inicia a impugnação informando que os produtos cujos créditos foram glosados na ação fiscal “são utilizados direta ou indiretamente no processo produtivo da UNIB”, fl. 53. Asseveram, que de início, já há, por parte do Autuado, uma confissão de próprio punho da não essencialidade dos produtos listados.

Em relação ao produto glosado “Nitrogênio”, destacam que o defendant aduz em sua defesa ter a ação fiscal dado tratamento diverso ao mesmo produto, glosando apenas 2% dos créditos de um (o Nitrogênio Gás Tubovia, NGT) e a totalidade dos créditos de outro (o Nitrogênio Gás Carreta - NGC), fl. 55. Assinalam que de fato, ambos são nitrogênio, o gás encontrado abundantemente na atmosfera terrestre, no entanto, o que difere no tratamento tributário de um para outro é seu uso, sua aplicação no processo produtivo do Autuado. Informam que no curso da ação fiscal receberam do Autuado o laudo técnico “IT-2012-004 Laudo para processo Fisco.doc” apensado em meio magnético no CD acostado, na pasta “Laudos Uso Consumo”. Assinalam que o NGT tem uma pequena parcela de seu consumo (no caso, 2%) relacionado a “purgas” (limpezas), o NGC, conforme informado no laudo técnico, é utilizado única e exclusivamente (portanto, 100%) em purgas, ou seja, limpezas de vasos e tubulações. Revelando que este Conselho já firmou entendimento que os produtos utilizados em limpeza não dão direito a apropriação de crédito fiscal de ICMS, por suas aquisições. Arremata ressaltando ter restado provado, que apesar de ser o mesmo produto, nitrogênio, sua utilização é distinta no processo produtivo do Autuado, ensejando tratamento tributário diverso.

No tocante ao produto Tracerco, para a qual o Autuado alega cumprimento de legislação federal para a marcação dos combustíveis, destacam que a simples edição de norma reguladora, exigindo do Contribuinte determinada conduta não é suficiente para embasar a apropriação de créditos fiscais de ICMS.

Frisam que a legislação federal que obriga o Autuado a marcar seus produtos não tem natureza de legislação tributária do ICMS, afastando assim qualquer possibilidade de aproveitamento dos créditos desses marcadores. Registram que os marcadores não podem fazer parte dos custos, pois que são adicionados quando do produto já pronto e acabado, assumindo a natureza de despesa, no caso despesa de venda. Arremata relatando que deve ficar claro que já existe decisão neste Conselho sobre este tema, como se pode ver no Acórdão JJF N° 0114-04/10, cujo teor reproduz parcialmente.

Ao cuidar da glosa dos créditos do Dióxido de Carbono, afirma que o Laudo Técnico “IT 2012-004”, citado, informa que: “O Dióxido de Carbono (CO₂) é usado na neutralização da “soda gasta” na Unidade de Termoxidação. Cita que nesta unidade, a soda gasta proveniente do sistema de lavagem cáustica do gás de carga de Olefinas, é tratada antes do lançamento desta corrente no sistema de efluente orgânico” e acrescenta, agora no parecer técnico “IT 2012-005”, concluindo: “Assim fica caracterizado o uso de gás carbônico como insumo para neutralização de efluentes, um controle ambiental fundamental para o processo da UNIB”. Assinalam que o Autuado confessa, em informação fornecida aos Autuantes, no curso da ação fiscal, que o Dióxido de Carbono só é utilizado no tratamento de efluentes, ou seja, numa função em que não dá direito ao crédito. Afirma que não foram eles que assim o quiseram, mas apenas usaram a informação do Autuado. Frisam que apesar da confissão do Autuado no laudo técnico informando que utiliza-se do produto para tratar seus efluentes orgânicos, a defesa traz aos autos equivocado parecer de diligência, totalmente contrário aos fatos e a suas declarações do Autuado, parecer este que conclui em sentido oposto à informação do próprio Autuado. Arrematam destacando que como ainda não houve julgamento do Auto de Infração trazido aos autos esta informação deixa de servir de paradigma.

No tocante ao produto Alumina Ativada. Citam o parecer técnico “IT-2009-001”, também colacionado no CD apensado, assinalam que o Autuado descreve a função da alumina como um elemento filtrante. Registra que este Conselho, de há muito, já firmou entendimento de que filtros não dão direito ao aproveitamento de créditos em suas aquisições.

Em relação ao produto Argila Filtrol BASF, revelam que o laudo “IT-2009-001”, fornecido pelo Autuado no curso da ação fiscal, afirma que: “a argila que tem a função de adsorver os insaturados desta corrente...”. Sustentam que, da mesma forma que a Alumina Ativada, a Argila tem a função de filtro. Reafirma que os elementos filtrantes, reconhecidamente, não têm sido contemplados com direito a apropriação dos créditos fiscais de ICMS por suas aquisições.

Quanto ao item Hidróxido de Sódio (a soda cáustica), revelam que a defesa alega desconhecer o índice de 67% utilizado pelos Autuantes na glosa. Informam que no curso da ação fiscal intimaram o Contribuinte a fornecer as funções em que utiliza a soda cáustica e o respectivo percentual em cada uma dessas funções. Asseveram que a resposta nos foi entregue no laudo “IT-2001-008”, igualmente acostado, por meio magnético, na pasta “Laudos Uso Consumo”, no CD apensado aos autos, onde consta o índice de 67% aplicado às unidades de tratamento de água e efluentes, funções estas já consolidadas em entendimento por este Conselho como utilizações sem direito ao aproveitamento dos créditos fiscais de ICMS, por suas aquisições. Alertam que a parcela cujos créditos foram estornados não é a que se refere a defesa na fl. 63, item 52, como visto no laudo fornecido. Observam que o Impugnante colaciona decisão administrativa sobre glosa de crédito de ICMS por aquisições de soda cáustica, fl. 63. Asseveram que este acórdão não se presta por paradigma por dois motivos: o sujeito passivo não é o Autuado e a função da soda cáustica naquele processo produtivo não é a mesma função em que foram glosados tais créditos.

Afirmam que a partir da fl. 65 o Autuado foge ao ônus da impugnação específica (v. art. 302 do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF), apresentando uma defesa generalizada para vários produtos, sem mesmo elencar a todos. Frisam que a defesa alega que assim agiu em função de que os Autuantes descreveram genericamente os produtos autuados e aduz cerceamento de defesa em função desta conduta dos Autuantes. Ponderam que na verdade foram utilizadas a descrição do produto trazida na nota fiscal. Sustentam que não criaram nomenclatura nova alguma para qualquer produto, uma vez que todos estavam assim identificados em suas respectivas notas. Acrescentam destacando que os levantamentos apresentam, além da descrição do produto, o número da nota fiscal. Frisam que qualquer dúvida que pudesse haver nos levantamentos seria facilmente sanada por uma consulta à própria nota, já que estas estão na posse da Autuada, não precedendo assim a alegação de cerceamento de defesa.

No tocante ao produto Ácido Sulfúrico, destacam que o impugnante confessa (item 81) que parte de seu uso é no tratamento de efluentes, alegando que o percentual da glosa de 30% é do exercício de 2010 e que este percentual não poderia ter sido utilizado no exercício fiscalizado. Informam que no laudo “IT-2001-008”, já anteriormente citado, fornecido pelo Autuado no curso da ação fiscal, apesar de desconhecido pela defesa, apresenta os percentuais de uso em cada função no exercício fiscalizado. Revelam que a defesa transcreve Acórdão em que é concedido direito ao crédito de ICMS nas aquisições de ácido sulfúrico. Afirma que esse acórdão deixa de servir de paradigma a partir do momento em que não específica qual o uso do ácido sulfúrico em que se concedeu direito ao crédito. Afirmam terem o mesmo entendimento dos Julgadores no acórdão citado, de que parte do ácido sulfúrico adquirido, não relacionado ao tratamento de efluentes e tratamento de água, deve permitir o direito ao aproveitamento dos créditos fiscais de ICMS. Assim, com base no laudo fornecido pelo Autuado, destacando uso e percentual em cada função, os Autuantes elaboraram os levantamentos que ensejaram o lançamento de ofício, aqui em análise. Frisam que esse Conselho já exarou decisão sobre créditos fiscais de ICMS nas aquisições de Ácido Sulfúrico, neste Contribuinte, como se vê no ACÓRDÃO JJF Nº 0200-05/12, cujo teor trecho reproduzem,

No que concerne aos produtos Resina Purolite, Resina Aniônica Amberlite e Catiônica Amberlite, afirmam que a defesa alega que estas resinas têm a função de remoção de íons da água (item 95). Revelam que resta claro que a função destas resinas é a de elemento filtrante, portanto sem direito a apropriação de créditos fiscais de ICMS por suas aquisições.

Quanto ao produto Cloro Líquido, ponderam que, apesar da impugnação não especificar exatamente qual a função do cloro nas etapas que descreve (item 98), é por demais sabido que o cloro só tem uma função em tratamento de água, que é a função bactericida. Reafirmam que esta função não confere direito à apropriação de crédito fiscal de ICMS, quando da aquisição do produto.

Em relação aos produtos Sulfato Alumínio e Cal, destaca que a defesa aduz que juntamente com o cloro estes produtos têm a função única de tratar a água clarificada. Reafirma que esse Conselho tem posição firme no sentido de não permitir a apropriação de crédito fiscal de ICMS nesta função.

Quanto ao produto Nalco ASP 20, o parecer “IT-2012-008” já citado, afirma que também este produto é utilizado no tratamento de água e na “prensa de lama”, ou seja; também é usado no tratamento de efluentes. Registram que nenhuma dessas funções tem sido permitida a apropriação de crédito fiscal de ICMS por sua aquisição.

Frisam que o Autuado apresenta a impugnação ao Carbonato de Sódio, porém nem a impugnação nem o laudo fornecido no curso da ação fiscal, o “IT-2012-005”, adentram nas funções do produto, limitando-se a informar que a mercadoria é usada no tratamento. Asseveram que seguindo entendimento desta Corte, os produtos assim utilizados não devem ter seus créditos de ICMS apropriados.

No que diz respeito ao pleito da defesa pelo refazimento da escrita fiscal, observam que o Auto de Infração, quando de sua lavratura, é apenas uma presunção, já que pode ser mantido, reduzido em sua exação ou mesmo anulado ou ainda ser julgado completamente improcedente. Por isso indagam como, então, se refazer a escrita sem um valor definitivo, líquido e certo, da exação. Revelam que este pleito só poderia ter sucesso após a decisão definitiva em esfera administrativa. Apontam outro obstáculo ao refazimento da escrita do Autuado, tendo em vista que na mesma data em que foi lavrado este auto de infração os Autuantes lavraram outros seis autos contra o Autuado. Observam que o refazimento da escrita implicaria em somar todos os autos ainda não homologados ou não arquivados do Autuado e confrontar com seu saldo credor no mês do lançamento. Arrematam assinalando que só para fins de exercício, incluindo este PAF, o valor da soma dos Autos de Infração como se pode verificar em planilha que acosta à fl. 119, cujo total do saldo credor atinge o montante de R\$234.141.248,81.

Ponderam ser mais vantajoso para o Autuado o pagamento do Auto de Infração no prazo de 30 dias, utilizando-se de seu saldo credor e com a exclusão legal da multa imposta.

Quanto à solicitação de diligência fiscal, destacam que no caso em discussão, todo material necessário à formação de juízo de verdade por parte dos Julgadores encontra-se no PAF. Observam que os levantamentos elaborados com base na legislação tributária e, agora, os esclarecimentos prestados nas questões levantadas pelo Autuado dispensam qualquer necessidade de diligência ou perícia, já que não há nada referente ao lançamento de ofício que esteja fora dos autos.

No tocante à Infração 02, frisam que não houve impugnação específica a qualquer item dessa Infração. Registraram que, apesar de discutir longamente a Infração 01, o Autuado se cala em relação à Infração 02, sendo esta apenas citada e tendo seus valores expostos, como parte integrante do Auto de Infração. Salientam que não se vê, ao longo da peça impugnativa, qualquer irresignação no tange ao lançamento contido na Infração 02. Asseveram que com esta conduta o Autuado fugiu do ônus da impugnação específica, na forma do art. 302 do CPC, de aplicação subsidiária ao RPAF-BA/99. Arrematam assinalando que em função disto requererem que a Autuada seja declarada revel em relação à Infração 02, pois já não é mais possível apresentar defesa em relação a este item, a partir do momento que já se processou a preclusão. Afirmam que a discussão do mérito provou que as operações que o Autuado realizou procedimentos que infringem a legislação tributária, operando-se o surgimento de crédito tributário em favor da Fazenda Pública, que aqui se quantifica.

Concluem pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal prestada pelo autuante, o sujeito manifestou-se às fls. 125 a 138, além de manter integralmente toda a sua argumentação articulada em sede de defesa, tece comentários acerca de vários argumentos articulados pelos Autuantes.

Comenta o fato de os Autuantes não respeitarem o ao Parecer ASTEC elaborado pelo CONSEF, observando que certamente tal postura não passará despercebida por essa JJF. Afirma que o Parecer ASTEC que invocou em sede defesa foi formulado por um auditor fiscal da SEFAZ/BA que, inclusive, compõe uma das JJJFs do CONSEF como julgador e, ademais, foi confeccionado nos termos da decisão da 4^a JJF, sem qualquer margem de discricionariedade do Fiscal Diligente.

Registra que no referido precedente da 4^a JJF, após visita *in loco* ao conjunto de parques industriais da UNIB e análise depurada do processo produtivo, ficou clara a destinação do produto Dióxido de Carbono (CO₂) utilizado no estabelecimento autuado e também a determinação de excluir o produto Tracerco do demonstrativo das glosas, não sendo crível a afirmação de que o mencionado precedente não servirá de paradigma para formação de convencimento ao caso em análise.

Em relação aos Laudos invocados pela Fiscalização registra ser é titular de diversas plantas industriais no Estado da Bahia, cada qual com suas especificidades de processos produtivos e

diversidades de empregos de insumos e produtos acabados, sendo o julgamento em análise focado apenas nas plantas industriais da UNIB (Unidade de Insumos Básicos).

Revela ser necessário o devido conhecimento e contextualização do processo produtivo da UNIB, o que pode ter ensejado os múltiplos equívocos da Fiscalização ao utilizar laudos sem a devida contextualização fática ou eventualmente defasados em razão do tempo, gerando distorções na autuação, sendo imperioso que esta JJF leve em consideração a realidade da UNIB nos fatos geradores autuados (exercício de 2011), tal como procedeu a 4ª JJF na instrução do Auto de Infração nº 271330.0001/11-5, onde estavam sendo julgados os créditos das compras dos insumos e produtos intermediários do estabelecimento autuado UNIB no exercício de 2010.

Afirma que impugna, desde já, os supostos Laudos invocados pela Fiscalização utilizados sem a devida contextualização aos fatos geradores autuados e conexos ao processo produtivo do estabelecimento autuado, devendo ser levado em consideração apenas os Laudos utilizados na peça defensiva, sob pena de cerceamento ao direito ao contraditório e à produção de provas no processo administrativo fiscal.

Pondera que a postura da Administração não deve ser maniqueísta e pretender a todo custo “salvar” uma autuação equivocada, mas sim, deve ter a humildade e isenção para proceder à análise detida de cada um dos itens que compõem o Auto de Infração, à luz do efetivo emprego dos produtos e materiais nas plantas industriais, investigando a realidade operacional do caso concreto no momento do fato gerador. Prossegue assinalando que essa cautela não foi observada pela Fiscalização que lavrou um Auto de Infração sem investigar com detalhamento as compras efetuadas pela UNIB no exercício de 2011 e seus respectivos empregos no processo produtivo.

No que diz respeito a alegada defesa genérica dos demais itens constantes da autuação, frisa que essa afirmação também distorce a realidade dos fatos. Diz que lhe cabe se defender da capitulação formulada no instrumento do Auto de Infração, o que foi procedido a contento. Revela que o demonstrativo do Fiscal se reporta a mais de 1200 Notas Fiscais. Afirma que caberia sim ao Fiscal mencionar ou ao menos classificar em grupos os produtos e explicar o motivo pelo qual procedeu a glosa dos créditos no corpo da acusação do Auto de Infração.

Para refutar as ponderações articuladas pelos Autuantes ao prestarem a informação fiscal, reitera de forma pormenorizada a utilização em seu processo fabril dos seguintes produtos arrolados no levantamento fiscal: Nitrogênio, Tracerco, Dióxido de Carbono, Alumina Ativada AXSORB, Argila Filtrol BASF, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Purolite e Resina Aniônica Amberlite, Cloro Líquido, Sulfato Alumínio e Cal, Nalco - ASP 20, (Antigo 8170) e Inibidores de Corrosão.

Assevera não ser argumento jurídico capaz de tornar procedente a autuação a alegação dos Autuantes de que os cálculos do refazimento da Escrita seriam complexos e que seria mais vantajoso pagar o Auto de Infração.

Revela ser cediço que, no âmbito do ICMS, o imposto devido é calculado mediante o confronto de débitos e créditos do contribuinte, segundo a sistemática de cálculo do imposto e de acordo com o princípio da não-cumulatividade.

Ressalta que a cobrança do imposto perpetrada, jamais poderia resultar na exigência de imposto sem antes a Fiscalização proceder à recomposição de toda a escrita fiscal do estabelecimento no período autuado. Lembra que, em alguns períodos de apuração, a operação do estabelecimento pode ter sido credora, conforme os próprios Autuantes pontuaram às fls. 119.

Arremata frisando que a ausência de reconstituição da escrita fiscal para fins de quantificação do tributo devido, nos termos do art. 142 do CTN e do art. 18 do RPAF-BA/99, afronta a sistemática de apuração do ICMS, jungida que está à não-cumulatividade, não havendo clareza da demonstração do imposto exigido.

Conclui solicitando que: a) - seja analisado cada um dos itens controvertidos na defesa administrativa, à luz do processo produtivo da UNIB, contemporaneamente aos fatos geradores fiscalizados e autuados; b) - realizada diligência fiscal por auditor estranho ao feito, em relação ao processo produtivo da UNIB, a fim de que fiquem ratificados todos os fatos e elementos já colacionados aos autos; seja impugnados todos os Laudos e precedentes invocados pelos Autuantes que não consideraram as especificidades do caso concreto e/ou os fatos geradores autuados, devendo essa JJF fazer esse cotejo cuidadoso desses elementos, tal como já procedeu a 4ª JJF no paradigma citado do exercício de 2010.

O processo foi remetido em diligência à ASTEC do CONSEF, fl. 143, para adoção das seguintes providências:

1 – intimasse o autuado a esclarecer de forma expressa e detalhada com o objetivo de ser verificado *in loco* de que forma todos os produtos relacionados nas Infrações 01 e 02, efetivamente, participam de seu processo produtivo, bem como, especificando se foram integralmente utilizados no estabelecimento autuado, ou se parte deles foram transferidos para outros estabelecimentos ou vendidos;

2 – elaborasse novo demonstrativo, para as Infrações 01 e 02, nos moldes do constantes no CD, fl. 25, com cópia entregue ao autuado, fazendo constar em coluna adicionada, a descrição pormenorizada e o percentual utilizado no processo produtivo do autuado, para cada nota fiscal de aquisição.

A auditora designada pela ASTEC, em resposta à diligência, emitiu o Parecer nº 0033/2014, fls. 146 e 147, ao informar o cumprimento da diligência observa que considerando que o trabalho da fiscalização para determinação das infrações em análise, conforme declaração dos autuantes, teve por base laudos técnicos elaborados pela própria empresa, constantes do CD, fl. 05, e impresso às fls. 233 a 299, no qual consta o percentual de utilização no processo produtivo para alguns produtos do levantamento fiscal.

Sugere a diligente que de posse da documentação que acosta aos autos que seja decidido quais os produtos devem ser mantidos no levantamento fiscal e em que proporção a fim de que seja elaborado o novo demonstrativo de débito solicitado.

Em pauta suplementar essa 3ª JJF decidiu converter os autos em nova diligência a ASTEC, fl. 304, para que diligente designado intimasse o autuado a apresentar relação mensal do exercício fiscalizado demonstrando a participação percentual da destinação dos produtos industrializados, água desmineralizada, água potável e água clarificada, ou seja, qual percentual do volume da produção mensal foi destinado à venda (devidamente comprovado com notas fiscais emitidas) e o volume internamente utilizado pelo estabelecimento autuado.

Em atendimento ao pedido de diligência a diligente designada pela ASTEC apresenta o resultado através de Parecer ASTEC Nº 0115/2014, fls. 307 e 308, informando que da análise dos números apresentados em comparação com os documentos fiscais de comercialização e transferências referentes a produção, consumo e venda de água se confirmam os seguintes índices: a) - UO73 - Água Desmineralizada (Consumo Interno = 62,12%; Vendas e Transferências - 37,88%); b) U081 – Água Clarificada (Consumo Interno = 57,02%; Vendas e Transferências - 42,98%) e c) - UO99 - Água Potável (Consumo Interno = 49,91%; Vendas e Transferências – 50,09%).

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência o autuado se manifesta às fls. 347 a 350, acolhendo o resultado dos percentuais apresentados na diligência e reafirmando sua tese defensiva de que em relação ao percentual dos produtos, objeto da diligência, consumidos internamente também deve ser reconhecido o crédito de ICMS, por ser empregado na atividade fim da empresa. Conclui pugnando pela insubsistência da autuação.

Em nova diligência solicitada por essa 3ª JJF à ASTEC, fl. 356, para que fossem elaborados nos demonstrativos de débito admitindo-se crédito proporcional às saídas tributáveis da seguinte forma: a) - Água Clarificada - 42,98%, para os produtos: Cloro Líquido, Sulfato de Alumínio e

Polieletrolito Nalco; b) Água Desmineralizada - 37,88%, para os produtos: Resina Purolite, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Catiônica e Sal Fino e; c) Água Potável - 50,09%, para os produtos: Carbonato de Sódio - 98% e Cal Hidratada. Foi solicitado também que fosse procedida a exclusão dos valores relativos aos produtos Traterco, das infrações 01 e 02 e Gás Dióxido de Carbono da infração 01.

Ás fls. 360 a 362, o diligente designado da ASTEC apresenta o resultado da diligência através do Parecer ASTEC nº 0068/2016, no qual explicita e detalha o atendimento da diligência que culminou com elaboração de novo demonstrativo de apuração e de débito, acostado às fls. 363 a 400, e CD, fl. 401, discriminando o valor do débito remanescente da Infração 01 - R\$1.422.830,70 e da Infração 02 - R\$31.222,15.

Instado a se manifestar acerca do resultado da diligência, o impugnante se manifesta às fls. 405 a 409, reiterou suas razões de defesa, asseverando que tendo em vista a comprovação de que os produtos revisados na diligência foram efetivamente empregados na atividade fim do estabelecimento autuado e por não terem sido aplicados no tratamento de efluentes ou em torres de resfriamento, deve ser confirmada também a redução do crédito tributário remanescente apurado na diligência.

Na assentada do julgamento, em sustentação oral, o patrono do autuado, depois de sustentar suas razões de defesa já articuladas em suas intervenções no decorrer do processo, em relação ao resultado da última diligência que apurou os percentuais proporcionais (Vendas e Transferências x Consumo Interno) dos produtos utilizados na fabricação de Água Desmineralizada, Água Clarificada e Água Potável, ressaltou que deve ser confirmada de plano a redução do crédito tributário revisado. Entretanto, pugnou que dos percentuais dos créditos glosados atribuídos como Consumo Interno (Água Desmineralizada - 62,12% e Água Clarificada - 15,5%) e mantidos na autuação, sejam excluídos também 87,8% e 15,5%, respectivamente, por terem sido esses empregados na produção de vapor d'água, importante insumo de seu estabelecimento industrial, ressalvando que o vapor d'água gerado não foi aplicado para o tratamento de efluentes e nem torres de resfriamento.

Ponderou também que o produto Alumina Ativada AXSORB é empregado diretamente no processo produtivo, onde em pelo contato direto com as correntes de produtos em processamento, atuam como materiais adsorventes, promovendo a adsorção em seus sítios ativos de contaminantes e/ou substâncias indesejáveis nos produtos, obtendo-se, desta maneira, os produtos com especificações técnicas necessárias para os fins que se destinam.

Questionou também o patrono o fato de que a autuação considerou a glosa de 2%, em relação às aquisições do produto Nitrogênio Gás Tubovia - GTV e manteve a glosa de 100% nas aquisições de Nitrogênio Líquido Tanque Carreta, sem qualquer fundamento. Sustentou que esses dois produtos são adquiridos do mesmo fornecedor, a White Martins, têm a mesma propriedade e a mesma aplicação no processo produtivo da UNIB, inclusive, em termos de percentuais de emprego no processo produtivo.

VOTO

No que concerne à validade do procedimento administrativo, constato que o autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, bem como através das diversas diligências realizadas no decurso processo na busca da verdade material.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo deficiente aduzindo a necessidade do refazimento de sua escrita fiscal para que o imposto devido fosse confrontado com eventual saldo credor no período de apuração em sua escrita fiscal em respeito ao princípio da não-cumulatividade, não deve prosperar, haja vista a impossibilidade de se realizar o refazimento da escrita fiscal toda vez que o sujeito passivo for autuado antes do julgamento da lide, sob pena de refazer a escrituração em base ainda valores ainda não apurado definitivamente no âmbito administrativo. Logo, definido o valor da glosa de crédito, em havendo saldo credor no período apurado, poderá o sujeito passivo requerer à Repartição Fazendária de sua jurisdição a compensação. Nestes termos, entendo não ocorrido no presente caso qualquer violação ao princípio da não-cumulatividade e rejeito a preliminar de nulidade direta ou indiretamente suscitada.

No mérito o Auto de Infração é constituído de duas infrações.

A infração 01, visa o lançamento de ofício exigir o ICMS pela utilização indevida de crédito na aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no exercício de 2011, valor global de R\$2.061.466,12. A infração 042 exige diferencial de alíquotas sobre a aquisição interestadual do respectivo material para uso e consumo, no valor de R\$52.369,13.

Os materiais adquiridos e objeto das infrações estão discriminados no “Anexo A-1”, no CD fl. 05, autos.

São os seguintes produtos listados no Anexo A-1 Deemonstrativo de Apurção e de Débito: Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Hidróxido de Sódio em Solução, Ácido Sulfúrico, Tracerco, Cloro Líquido, Gás Dióxido de Carbono, Sulfato Alumínio, Alumina Ativada Axsorb, Inibidores de Corrosão e Agentes Neutralizantes, Resina Aniônica, Dispersante Inorgânico (Trasar e Nalco), Resina Catiônica Hipoclorito de Sódio, Nitrogênio Gás Tubovia, Argila Filtrol 24 – Basf, Amina Neutralizante, Nitrogênio Liq Carreta, Sal Fino, Carbonato de Sódio, Anti-polimerizante, Biodispersante Org – Nalsperse, Polieletrólito - Nalco ASP20, Dispersante, Cal Hidratada, Petroflo 20Y3414 Inibidor Radical Livre, Biocida Nalco, Emulsão Polimérica, Antifoulant Petroflo, Sequestrante de Oxigênio, Hipóclorito de Cálcio,

Em suas razões de defesa nas diversas manifestações nos autos o sujeito passivo refutou as acusações sob o fundamento de que as aquisições arroladas no levantamento fiscal são insumos e produtos intermediários indispensáveis ao processo produtivo, inclusive na produção de água desmineralizada, clarificada e potável, produtos que consome internamente, comercializa e transfere para seus outros estabelecimentos, apresentando descrição da utilização das referidas mercadorias.

Os autuantes ao prestarem informação fiscal mantiveram a autuação dos dois itens sustentando que, mesmo os materiais arrolados no levantamento fiscal são utilizados no tratamento de água, limpeza, elementos filtrantes, cujas características não são suficientes para caracterizá-los como insumos ou materiais intermediários. Sustentaram que as aquisições de tais produtos não ensejariam direito ao crédito fiscal e deveriam pagar, em contrapartida, a diferença de alíquotas.

O regramento que baliza a utilização de crédito fiscal é estatuído pelo RICMS-BA/97, no §1º do art. 93, que sintetiza nestes termos o regime do *crédito fiscal*, traduzindo a positivação dos arts. 24 a 31 da Lei nº 7.014/96:

“§ 1º. Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

- a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;
- b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou
- c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso; e

II - as operações ou prestações subsequentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.”

Do dispositivo regulamentar acima reproduzido, em sintonia com as demais normas regulamentares atinentes ao regime de compensação do ICMS, chega-se à conclusão de que o direito ao crédito, dentre outros requisitos, no presente caso, depende do atendimento a determinados requisitos, a saber: as mercadorias ou bens adquiridos e os serviços tomados devem: estarem vinculados à industrialização, serem empregados no processo de industrialização ou integrar o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à industrialização.

Os autos foram baixados em diligência à ASTEC/CONSEF para diligente *in loco* constatasse a fidedignidade da descrição pormenorizada fornecida pelo impugnante relativa à efetiva utilização dos materiais arrolados no levantamento fiscal no processo do estabelecimento autuado. E em seguida foram convertidos em nova diligência para que fossem apurados os percentuais dos volumes da produção mensal de água potável, desmineralizada e clarificada destinado a venda devidamente comprovada com a emissão de notas fiscais.

Apurados os índices de vendas da produção de água pelo autuado, nova diligência foi solicitada para que fosse considerado o crédito fiscal proporcionalmente as saídas tributáveis dos seguintes produtos: Cloro Líquido, Sulfato de Alumínio e Polieletrolito Nalco ASP20, Resina Purolite A143/3480 - Base Seca, Hidróxido de Sódio, Ácido Sulfúrico, Resina Aniônica, Resina Catiônica e Sal Fino (NaCl), Carbonato de Sódio e Cal Hidratada e que também fossem excluídos do levantamento fiscal o produto Traterco das infrações 01 e 02, e o produto Gás Dióxido de Carbono.

O diligente designado da ASTEC, depois de proceder às exclusões solicitadas, apresentou o resultado da diligência e elaborou novo demonstrativo de débito que acostou às fls. 363 a 400, o qual discrimina a redução do débito da infração 01 para R\$1.422.830,70 e da infração 02 para R\$31.222,15.

Ao se manifestar sobre o resultado da diligência o Autuado, fls. 405 a 409, afirmou que tendo em vista a inequívoca comprovação de que os produtos revisados na diligência fiscal foram efetivamente empregados na atividade fim do estabelecimento deve ser confirmada a redução do crédito tributário para R\$1.422.830,70, na infração 01 e para R\$31.222,15 na infração 02.

No entanto, o defendente requereu que fossem também reconhecidos os créditos relativos à parte do percentual da utilização interna dos produtos apurados na diligência utilizados na produção da Água desmineralizada e da Água Clarificada, vez que são empregados na geração de vapor d'água insumo importante em sua unidade fabril. Em suma, pleiteou a redução da glosa dos créditos indevidos remanescentes apurados na diligência nos seguintes termos: de 87,8% dos 62,12% do consumo interno da Água Desmineralizada e 15,5% dos 57,02% do consumo interno da Água Clarificada.

Não acolho a pretensão do impugnante, haja vista que os produtos em questão, objeto dos itens 01 e 02 da autuação, são utilizados para o tratamento de água industrial, cujo objetivo retirar as impurezas da água bruta, ou sejas, eliminar os sais minerais e outros contaminantes para reduzir a corrosão das tubulações e o desgaste acentuado das caldeiras na geração de vapor d'água. Nestes termos, independente da utilização do vapor d'água no processo fabril, o entendimento reiterado deste CONSEF é de que os produtos empregados no tratamento de água são materiais de consumo e não dão direito ao creditamento, salvo quando a água tratada integrar o produto final, como é o caso da indústria de bebidas e refrigerantes.

Alegou a defesa que, sem qualquer fundamento, ocorreria a glosa de 100% do crédito nas operações com Nitrogênio Líquido Tanque Carreta, diferentemente da glosa de 2% aplicada ao

produto Nitrogênio Líquido Tubovia, tratamento distinto e inexplicável, uma vez que se trata do mesmo produto oriundo do mesmo fornecedor e têm as mesmas propriedades e aplicação em seu processo produtivo, cuja única distinção é que um é fornecido por tubovia e o outro por carreta rodoviária. Também não acolho o argumento do autuado, tendo em vista que ao compulsar os elementos informativos técnicos de seu processo produtivo, fornecidos pelo próprio defendant, por ocasião do atendimento da diligência realizada por preposto da ASTEC constato, às fls. 299, restar evidenciado que, ao contrário do que afirmou o defendant, o produto Nitrogênio Líquido Tanque Carreta é utilizado conforme, consta no “Informe Técnico IT- 002/2011 Laudo Técnico”: Função no Processo Produtivo da Braskem - UNIB-BA – “*Gás inerte usado em vários sistemas do processo produtivo da UNIB, com o objetivo de fazer purgas dos hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura destes equipamentos para manutenção.*” Consta do referido laudo o Cod. SAP do Produto 565794 e a Descrição do Produto - NITROGENIO LIQ TQ CARRETA. No mesmo Laudo consta o Cod. SAP do Produto 554103 para o Nitrogênio Gás Tubovia, fl. 298.

Assim, entendo que os autuantes procederam corretamente ao aplicar a glosa de 100% para o produto, Nitrogênio Líquido Tanque Carreta, uma vez que é integralmente aplicado na purga dos hidrocarbonetos do sistema. Fica mantido esse item da autuação.

Em relação ao produto, Alumina Ativada AXSORB, informado pelo autuado por ocasião do atendimento à diligência, às fls. 181 e 182, entendo que no presente caso, cabe razão ao autuado, uma vez que no presente caso se trata de material intermediário que atua no fluxo do processo produtivo promovendo a adsorção de substâncias indesejáveis principalmente o enxofre do Isopreno Cru. Assim, devem ser excluídas da infração 01, do Demonstrativo acostados às fls. 303 a 400, a Nota Fiscal de nº 630, de 26/01/11, no valor de R\$10.881,21, fl. 365, a Notas Fiscais de nº 681, de 16/03/11, no valor de R\$61.569,15, fl. 370, e a Nota Fiscal de nº 731, de 26/05/11, no valor de R\$36.182,79, fl. 375, perfazendo o total de R\$108.633,15.

Na infração 02 é imputada ao autuado a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, relacionados na infração 02.

Observo que a infração em tela encontra-se diretamente vinculada ao item anterior. São mercadorias utilizadas no tratamento de água, razão pela qual entendo que restou caracterizada, uma vez que é devido o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Trata-se de mercadorias que foram objeto da infração 01, e efetivamente são mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento autuado, conforme fundamentação referente ao item anterior do Auto de Infração, além de não ter direito ao crédito relativo às aquisições dos referidos produtos, é devido o pagamento do diferencial de alíquota.

A exigência do ICMS diferencial de alíquota tem fundamento de validade diretamente na Constituição expressa nos incisos VII e VIII do §2º do art. 155, em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, incidindo alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto. Nessa hipótese, caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Ao compulsar especificamente o novo demonstrativo de débito, elaborado pelo diligente, constato que, com exceção do produto, Alumina Ativada AXSORB, abordado acima, os valores apurados correspondem, efetivamente, aos ajustes decorrentes das exclusões do levantamento fiscal das operações resultaram em saídas tributáveis.

Assim, o demonstrativo de débito elaborado pelo diligente da ASTEC, fl. 363, o “Valor Histórico” dos débitos das datas de ocorrências nos meses de janeiro, março e maio de 2011, passam respectivamente, para R\$64.599,93, R\$268.167,22 e R\$100.552,20.

Comparativo dos períodos corrigidos Diligência x Julgamento

Data Ocor.	A. I.	DILIGÊNCIA	JULGAMENTO
31/01/11	145.917,23	75.481,14	64.599,93
31/03/11	441.908,62	329.736,37	268.167,22
31/05/11	191.098,91	136.734,99	100.552,20

Assim, a infração 02 restou parcialmente caracterizada.

Nesses termos, acolho o resultado da diligência materializado no novo demonstrativo de débito elaborado pelo diligente e acostado às fls. 364 a 400, e com exclusão do produto Alumina Ativada AXSORB, reduz a exigência da infração 01, para R\$1.314.197,55, e da infração 02, para R\$31.222,15, conforme discriminação a seguir demonstrada.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Infração	Auto de Infração	Julgamento	
01	2.061.433,12	1.314.197,55	Proc. em Parte
02	52.369,13	31.222,13	Proc. em Parte
TOTAL	2.113.802,25	1.345.419,68	

Ante o exposto, o valor débito do presente Auto de Infração, com os ajustes acima aludidos, passa para R\$1.345.419,70, que resulta na subsistência parcial dos itens 01 e 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0008/12-8, lavrado contra BRASKEM S.A., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.345.419,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, alínea “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA