

PROCESSO - A. I. Nº 271330.0001/09-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A.
RECORRIDOS - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0200-05/12
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/08/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0207-11/17

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À DAS ENTRADAS. GLP. Extinção do crédito tributário pelo pagamento nos termos do art. 122 do RPAF/BA. Infração reconhecida. Recurso prejudicado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. 2% do nitrogênio e 48% do ácido sulfúrico. Laudo técnico comprova que os produtos são utilizados na limpeza química dos equipamentos e tratamento de efluentes líquidos a serem descartados, resultante do processo industrial para atender normas ambientais. Caracterizado como produtos destinados a uso e consumo do estabelecimento, cujo crédito fiscal é vedado. Diligência fiscal comprovou que parte dos produtos adquiridos são consumidos diretamente em contatos como as matérias primas utilizadas no processo industrial ou integram os produtos finais se caracterizando como produtos intermediários. Mantida a Decisão pela procedência da infração 5 e reformada quanto à infração 3, parcialmente caracterizada. 3. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS INTERESTADUAIS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Diligência fiscal comprovou que parte dos produtos objeto da autuação se caracteriza como produtos intermediários. Infração 4 parcialmente caracterizada. Reformada a Decisão com redução do débito da infração 4. 4. REMESSAS DE MERCADORIAS PARA ARMÁZEM GERAL FORA DO ESTADO. FIXAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO EM VALOR INFERIOR AO PREÇO DE VENDA PRATICADO PELO REMETENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou confirmado que o contribuinte realizou operações de saídas para armazém geral em outra unidade da Federação com valor inferior ao praticado nas vendas na praça remetente. Refeitos os cálculos mediante diligência realizada pela ASTEC, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. 5. OPERAÇÃO TRIBUTADA, ESCRITURADA COMO NÃO TRIBUTADA. NOTAS FISCAIS CANCELADAS. Extinção do crédito tributário pelo pagamento nos termos do art. 122 do RPAF/BA. Infração 7 reconhecida. Recurso prejudicado. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida no Acórdão nº 0200-05/12 (fls. 477/502), por ter desonerado parte da infração 6 consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo às infrações, 1, 3, 4, 5, 6 e 7 julgadas procedentes e 6 julgada procedente em parte, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento, conforme abaixo transcritas:

O Auto de Infração lavrado em 21/12/09, acusa cometimento de sete infrações, totalizando valor de R\$6.672.206,36 acrescido da multa de 60% (exercícios 2006/2007), abaixo descritas:

1. *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Conta no campo descrição dos fatos que o contribuinte não efetuou os estornos proporcionais de créditos fiscais de ICMS por ter dado saída a mercadoria tributada (GLP) com redução de base de cálculo - R\$1.188.988,08, multa de 60%.*
3. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Conta que o contribuinte apropriou-se de crédito fiscal das mercadorias utilizadas para uso e consumo - R\$1.839.468,12, multa de 60%.*
4. *Deixou de recolher 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. Consta ainda que o contribuinte não recolheu as diferenças de alíquotas, na forma legal, ficando passível do lançamento de ofício efetuado (mercadorias da infração anterior) - R\$1.342.639,34, multa de 60%.*
5. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte não efetuou estornos espontâneos de crédito fiscal de ICMS de mercadorias adquiridas para industrialização, posteriormente parte da mercadoria destinada para uso/consumo - R\$358.288,41 e multa de 60%.*
6. *Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Contribuinte apurou a menor a base de cálculo das remessas para armazenagem em outra unidade da federação, sendo os valores recalculados utilizando-se como referência a saída mais recente no local da situação do estabelecimento remetente - R\$1.724.023,76 e multa de 60%.*
7. *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Contribuinte remeteu mercadoria para armazenagem em outra unidade da federação sem destaque de ICMS - R\$170.838,31 e multa de 60%.*

A 5ª JF decidiu a lide proferindo o seguinte voto:

Trata-se de lançamento de ofício para exigir crédito tributário, no montante de R\$ 6.672.206,36, relativo às 07 (sete) infrações, descritas e relatadas nas páginas precedentes, que serão objeto de apreciação do relator desse Processo Administrativo Fiscal, exceto para a infração 2, reconhecida pelo autuado, logo, não fazendo parte da lide, sendo considerada procedente. Assim, a contenda se restringe às demais exigências do Auto de Infração.

Inicialmente, há de se esclarecer que o pedido de diligência suscitado pelo autuado para constatação dos fatos alegados, foi deferido, fls. 381/382, para verificação das dúvidas existentes nos autos, relativamente às infrações 6 e 7. Para as demais infrações, os elementos contidos nos autos foram suficientes para o meu convencimento, em consequência, o pedido, resta indeferido, nos termos do art. 147, I, RPAF BA.

Verifico presentes, no Processo Administrativo Fiscal em tela, os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos fiscais reclamados, estando o lançamento de ofício de acordo com o estabelecido nos termos dos artigos 39, RPAF BA (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) e 142 do CTN (Código Tributário Nacional). Todo o procedimento foi pautado na busca da verdade material e inexistente qualquer equívoco na constituição do crédito tributário, cuja solução será tratada na discussão de mérito, que se segue. Superadas, pois, as questões adjetivas.

Quanto às razões de mérito, relativamente à infração 1, a exigência é da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS em relação às entradas de mercadorias, proporcional às saídas subsequentes de GLP que ocorreram com redução de base de cálculo, nos exercícios de 2006 e 2007, no valor global de R\$1.188.988,08.

Os argumentos defensivos se prendem a não existência de fundamento jurídico para a exigência dos estornos exigidos, considerando que a empresa não adquire o GLP e, em seguida, promove a sua saída com redução de base de cálculo; adquire bens e mercadorias que, submetidos ao processo de industrialização, o geram de forma

involuntária e compulsória; O GLP, portanto, é um subproduto e sua parcela na receita é ínfima.

Argui o autuado que o art.155, § 2º, I, da CF/88, ao dispor sobre o ICMS não-acumulativo, excetua apenas as hipóteses de isenção ou não-incidência (inciso II), não pode a legislação inferior estabelecer de forma diversa. Em consonância com tal princípio, argumenta, os Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, autorizaram a manutenção do crédito fiscal, nas aquisições correspondentes de GLP. Ressalta que pelo Convênio ICMS CONFAZ nº 112/89 (prorrogado pelo Convênio ICMS 124/93), os estados acordaram a redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas de GLP, de forma que o imposto se dê à alíquota de 12%, sem previsão de estorno do crédito fiscal relativo à base de cálculo reduzido. Alega por fim, o autuado, que o art. 100, II, do RICMS/BA não pode ser aplicado, vez que as mercadorias adquiridas são utilizadas na produção de outros produtos, tais como: eteno, propeno e compostos aromáticos, cujas saídas não são feitas com a redução de base de cálculo.

Examinando os autos, verifico que os Auditores Fiscais elaboraram demonstrativo de débito que sustentam a exigência em tela, acostados às fls. 13/41. Estabeleceram a relação proporcional entre as saídas de GLP (gás liquefeito de petróleo) e a totalidade das saídas tributadas pelo estabelecimento autuado, no mesmo período. Aplicaram o percentual sobre o valor total de ICMS creditado e sobre esse valor foi apurado o valor do estorno em relação às saídas com GLP.

Conforme explanação nos autos, o estabelecimento industrial adquire nafta, decomposta na produção de eteno e propeno e, numa segunda etapa, a resina formada serve de insumo para a fabricação de uma infinidade de produtos. Na chamada Unidade de Produção de Eteno a nafta sofre reações químicas originando eteno, propeno, butadieno, benzeno e o tolueno; na junção do propano e do propeno surge o GLP.

Pelo exposto depreende-se que a forma involuntária ou compulsória como é formado o GLP, nem sua qualidade de subproduto ou o fato de ser uma “parcela ínfima” da receita do estabelecimento industrial explicam a falta de estorno proporcional, questionada pelo autuado.

Isto porque, o dispositivo indicado pelos Auditores Fiscais (art. 100, II do RICMS/97) estabelece:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço (art. 21, I, LC 87/96) - grifo e acréscimo nosso.

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;

A legislação regulamentar desse Estado informa acerca do estorno proporcional:

Art. 35-A. A fruição do benefício de redução de base de cálculo fica condicionada:

I - a não-apropriação proporcional dos créditos fiscais relativos a mercadoria entrada no estabelecimento de contribuinte ou a prestação de serviços a ele feita para:

a) comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou prestação subsequente for beneficiada com a redução;

b) integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante for beneficiada com a redução;

II - ao estorno proporcional dos créditos referidos no inciso anterior, se por ocasião da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço for imprevisível que a saída ou a prestação subsequente se dará ao abrigo da redução de base de cálculo.

Parágrafo único. Para efeito deste artigo, deverá ser observado, quando estabelecido, o limite de carga tributária e as disposições expressas de manutenção de crédito.

As restrições à utilização de créditos do art. 100, inciso I conjugam-se com a previsão constitucional que veda o crédito fiscal em operações envolvendo produtos isentos e não tributados (art. 155, §2º, II, CF 88). A restrição do inciso II, art. 100, além do art. 35-A, RICMS BA, acima anunciadas, fundamento da presente ação fiscal, refere-se à impossibilidade do crédito que se extrai do princípio de não-cumulatividade expresso no art. 155, §2º, I, CF 88 (art. 19, LC 87/96).

Dessa forma, verifico que, ao contrário da afirmação defensiva, o dispositivo regulamentar se aplica à operação em questão, tendo em vista que o autuado utilizou créditos fiscais relativos às mesmas matérias-primas e insumos, cujos créditos fiscais foram utilizados na produção do GLP. Mesmo que a sua produção não seja desejável, como alegado, trata-se de produto que foi comercializado com redução de base de cálculo e

ainda quando resulte em parcela pouco significativa do faturamento bruto da empresa. E, justamente por isso, os valores foram considerados proporcionais ao volume da receita total. Também não pode ser acatada a tese defensiva de que tal dispositivo só se aplica a mercadorias, tendo em vista que este conceito é genérico e se aplica a qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica de acordo com o art. 1º, § 4º do RICMS/BA.

A norma regulamentar, assim, visa adequar os créditos das entradas, proporcional aos débitos das saídas e o sujeito passivo deverá efetuar estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento for objeto de saída com base de cálculo reduzida, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução.

Outrossim, tomando por base o precedente firmado no STF (RE 174478, DJU de 30.09.05), os tribunais do país têm decidido que a redução na base de cálculo do ICMS configura isenção fiscal parcial, que autoriza o estorno proporcional do crédito do ICMS. Nesse sentido, as palavras do Ministro Cezar Peluso: "A atual posição da Corte parece-me, portanto, bastante clara: a redução da base de cálculo do ICMS corresponde a isenção parcial e, não, como outrora se considerava, categoria autônoma em relação assim à isenção, como à da não-incidência. Observe-se que a interpretação dada pela Corte ao art. 155, §2º, II, b, não representa ampliação do rol de restrições ao aproveitamento integral do crédito de ICMS, que remanesce circunscrito às hipóteses de não-incidência e isenção; entendeu-se, simplesmente, que a redução da base de cálculo entra nessa última classe, como isenção parcial, que é em substância.

No que se refere à alegação de que os Convênios ICMS 112/89 e 124/93 acordam redução da base de cálculo do ICMS nas saídas internas de GLP, equiparando à alíquota de 12%, mas não prevê estorno de crédito de saída com redução da base de cálculo, observo que, embora os citados Convênios ICMS não tragam expressamente previsão do estorno, há regra específica prevista no art. 100, II, além do art. 35-A, RICMS BA, que preveem estorno de crédito para compatibilizar a proporcionalidade entre o valor do imposto devido nas saídas com base de cálculo reduzida e o montante do crédito fiscal dos insumos adquiridos.

Dessa forma, está correta a metodologia adotada pela fiscalização, calculando a proporção entre receita total e receitas de GLP, para apurar as aquisições que geram direito ao crédito de ICMS, a exemplo do demonstrativo do estorno proporcional à fl. 13, do mês de janeiro 06, no qual a fiscalização aplicou o índice de 0,002193295 de saídas de GLP sobre o crédito fiscal total do ICMS de R\$ 74.753.697,98, apurando crédito proporcional ao GLP, no valor de R\$ 163.956,94, sobre o qual foi aplicado o percentual de redução de base de cálculo de 29,4117% da comercialização de GLP, apurando o valor de crédito fiscal a que fazia jus o autuado, R\$ 115.734,42 e exigiu o estorno proporcional de R\$ 48.222,52. Portanto, é compreensível a apuração dos valores exigidos como devidos, motivo pelo qual não acato o argumento defensivo de falta de demonstração do fato gerador e da base de cálculo do imposto com clareza e precisão.

Constato também que, em relação à operação objeto da autuação, não se aplicam regras de exceção que asseguram a manutenção do crédito fiscal, previstas nos artigos 103 e 105, I (exportação e saídas com alíquota de 25% com aplicação da redução de base de cálculo de modo que equipare a 17%).

Posto isso, concluo a correção da exigência do estorno do crédito fiscal proporcional à redução da base de cálculo, nas saídas de GLP, procedimento este que foi adotado pela fiscalização.

Infração caracterizada no valor de R\$ 1.188.988,08.

Na infração 3, visa o lançamento de ofício exigir o ICMS pela utilização indevida de crédito na aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2006 e 2007, valor global de R\$1.839.468,12. A infração 4 exige diferencial de alíquotas sobre a aquisição interestadual do respectivo material para uso e consumo, no valor de R\$ 1.342.639,34.

Os materiais adquiridos e objeto das infrações estão discriminados no "anexo c", fls. 43/65 dos autos. Os Auditores Fiscais alegam que as aquisições de tais produtos não ensejariam direito ao crédito fiscal e deveriam pagar, em contrapartida, a diferença de alíquotas. O autuado alega a indispensabilidade dos materiais no funcionamento regular da unidade fabril, descrevendo o funcionamento dos produtos e caracterizando-os como matéria-prima ou material intermediário.

Examinemos alguns dos produtos questionados pelo sujeito passivo e conforme consta do Laudo Técnico em que se descrevem as funções dos produtos, anexo aos autos, fls. 144/157.

- **MONOETILENOGLICOL MEG** - utilizado como fluido de selagem a fim de evitar vazamentos do produto em elaboração e danos à higiene ocupacional e danos ambientais. Caso haja falha no processo de um ponto a outro da cadeia produtiva, o sistema de selagem impede o vazamento da corrente do processo para o meio externo. O MEG atua sobre o equipamento, a bomba, e não sobre o produto.

Tal produto não preenche os requisitos da legislação para o aproveitamento de créditos fiscais, como tem decidido o CONSEF.

- *TRACERCO ISOCTANO, TOLUENO, XILENO 30.000* - insumo adicionado aos solventes comercializados com o objetivo identificar o produto final. O TRACERCO é, assim, adicionado aos produtos destinados à venda, após a conclusão da industrialização. Não preenche os requisitos da legislação para aproveitamento do crédito. Assim tem decidido o CONSEF.
- *DIOXIDO DE CARBONO* – é o gás carbônico, produto utilizado para neutralizar a soda oxidada;
- *SACO PLA TRA* – saco plástico usado na limpeza e recipiente de resíduos;
- *INSUMOS UTILIZADOS NA UNIDADE DE TRATAMENTO DE ÁGUA*. Tratamento de água é conjunto de procedimentos físicos e químicos que são aplicados na água para que esta fique em condições adequadas para o consumo (potável), livrando-a de contaminações, evitando a transmissão de doenças. Numa estação de tratamento de água, o processo ocorre em etapas com a utilização de vários insumos: *CLORO LÍQUIDO* - insumo utilizado no tratamento da água captada no rio joanes, que passa por um sistema de clarificação e filtração; *INIBIDOR CORROSÃO ÁGUA RESFR, NALCO 1336, NALCO 8338, NALPERSE 7308*, usados no sistema de resfriamento das torres; *INIBIDOR CORROSÃO ÁGUA RESFR* - usado no sistema de resfriamento das torres; *NALCLEAR 8170 PULV* – usado na clarificação da água; *TRASAR 73202* - usado no tratamento de água de resfriamento; *SULFATO DE ALUMÍNIO* – promove a floculação dos sólidos suspensos da água; *DISPERSANTE SISTEMA RESFR* – dispersante utilizado na torre de esfriamento; *SAL FINO COZINHA* – utilizado no processo de salmouragem na limpeza das plantas de desmineralização; *ALGECIDA CLORETO* – usado para evitar a formação de alga no deck da torre de esfriamento; *HIPOCLORITO DE SÓDIO* serve como bactericida no tratamento do sistema de água de resfriamento.
- *INSUMOS UTILIZADOS NO PROCESSO PRODUTIVO NO SISTEMA DE GERAÇÃO DE VAPOR*. Sistema que remove gás carbônico da água de alimentação das caldeiras, sofrendo os efeitos corrosivos dos produtos químicos, minimizado pela aplicação dos produtos: *NALCO 22130 (TRASAR), NALCO Y-300375*.
- *INSUMOS UTILIZADOS COMO AGENTES ANTI-CORROSIVOS, BEM COMO NA LIMPEZA QUÍMICA DO PROCESSO*. Insumos que minimizam os efeitos químicos dos produtos utilizados e que ocasionam desgaste e corrosão do maquinário do processo de produção: *KURIZET L112 SOL NITR SÓDIO*, aplicado na etapa final de manutenção do equipamento; *DESGAISEICADOR EC 9104*, utilizado na limpeza química do processo; *DESENGRAXANTE HIDROCARBONETO L* usado para dispersar polímeros no procedimento de limpeza química; *INIBIDOR DE CORROSÃO AGUA/SAL, DETERGENTE INDUSTRIAL SAFETY*, usado na limpeza química do processo;
- *INSUMOS UTILIZADOS EM LABORATÓRIO*. Na análise laboratorial busca-se verificar o controle de qualidade, pesquisa e desenvolvimento. *CLORETO PA 99%, DIMETIL FORMAMIDA 99,9%*;
- *AR MEDICINAL CIL 9,6 MM3*. Ar medicinal, ou ar comprimido, é mistura dos gases oxigênio e nitrogênio, na mesma proporção encontrada na atmosfera (21% e 79%, respectivamente), disponível em cilindro, usado principalmente em terapias de ventilação e inalação, bem como para atender necessidades na área medicinal, mas também industriais, de processamento químico, petroquímico, laboratorial e outras aplicações que requeiram um ar de qualidade. Contudo, não tem qualquer vinculação com os conceitos de produtos intermediários, conforme sugere o estabelecimento autuado.
- *AR DE SERVIÇO* garante o autuado que se trata de produto intermediário, na realidade, é o ar proveniente de um sistema de compressão de ar utilizado para serviços gerais, inclusive limpeza de equipamentos industriais, uma utilidade, que não demanda o aproveitamento de créditos fiscais de ICMS.
- *CORANTE LARANJA AUTOMATE-2XS*. Explica o autuado que se trata de aditivo que dá cor ao combustível, integrando-se ao produto final, uma vez que, originalmente, a gasolina é incolor. Os autantes entendem diversamente. Argumentam que o insumo serve para dar coloração à gasolina, já produzida, com a finalidade de diferenciar o combustível, na fase pós-produção, pelo que também não se enquadra na norma do art. 93, I, “b”, § 1º, RICMS BA.

Constato que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) é o órgão responsável pela regulamentação e fiscalização de combustíveis, especifica três tipos de gasolinas: tipo A, tipo B e tipo C. A gasolina tipo A, produzida pelas refinarias de petróleo e pelas centrais de Matérias-Primas Petroquímicas, é entregue diretamente às companhias distribuidoras e não possui álcool etílico anidro combustível (AEAC) em sua composição. A gasolina do tipo B é uma gasolina de alta octanagem além de outras características especiais e utilizada como combustível em aeronaves com motores de ignição por centelha. A gasolina tipo C é a gasolina automotiva, a mais comumente utilizada no Brasil e são de 4 espécies: comum, aditivada, premium e podium.

A gasolina comum é a mais simples, não recebe nenhum tipo de aditivo ou corante e apresenta coloração levemente amarelada. A aditivada possui as mesmas características da gasolina comum, diferindo apenas pela presença de aditivos multifuncionais, os quais têm como principal vantagem as características detergentes/dispersantes de limpar e manter limpo todo o sistema de alimentação de combustível (tanque, bomba de

combustível, tubulações, carburador, bicos injetores e válvulas do motor, entre outros). Além desses aditivos, esta gasolina recebe em sua composição um corante que a deixa com a cor esverdeada para diferenciá-la da gasolina comum.

A gasolina premium recebe os mesmos aditivos da gasolina aditivada e apresenta coloração amarelada. A gasolina podium é a melhor gasolina do mercado. Sua principal característica é o elevado nível de octanagem (IAD = 95), o que a diferencia das demais gasolinas. Esta gasolina proporciona baixa formação de depósitos, isenta de benzeno e com menor teor de enxofre, permite uma redução na emissão de poluentes no meio ambiente, sendo considerada a gasolina mais limpa do mercado

A BRASKEM atua no ramo petroquímico e oferta a partir da sua unidade de insumos básicos, entre outros produtos, combustíveis do tipo gasolina A e a gasolina de Pirólise, além do gás natural (GLP) que não utilizam o aditivo, conforme vimos anteriormente.

Ademais, a Portaria ANP nº 309, de 27.12.2001, informa que as gasolinas geradas pelas Refinarias, Centrais de Matéria-Prima Petroquímica, pelo Formulador e mesmo aquelas importadas somente poderão ser incorporados álcool etílico anidro, aditivos e corantes nos teores e especificações estabelecidos pela legislação em vigor e são prerrogativas exclusivas do Distribuidor.

Portanto, corretos estão os autuantes no argumento que o insumo serve para dar coloração à gasolina, já produzida, com a finalidade de diferenciar o combustível, na fase pós-produção, pelo que também não se enquadra na norma do art. 93, I, "b", § 1º, RICMS BA, sobretudo pelas disposições supra relatadas.

Em síntese, os diversos produtos listados no demonstrativo fiscal não preenchem os requisitos da legislação para aproveitamento do crédito, tampouco se afeiçoa ao conceito de produtos intermediários, como defende o autuado, seja porque não se integram corporeamente ao produto final ou porque não foram utilizados como veículo ou agente necessário em emprego do produto industrial do autuado, conforme a análise retro mencionada, ou ainda porque objetivam proteger os equipamentos industriais de corrosão e de micro-organismos indesejáveis no processo industrial, na captação de água ou resfriamento de torres, o que, legalmente não justifica a utilização de créditos fiscais de ICMS correspondentes.

Portanto, tais materiais, apesar do inquestionável papel desempenhado no processo industrial do estabelecimento autuado, não se caracterizam como matérias-primas, produtos intermediários, essenciais, ou integrados ao produto final.

Assim, resta caracterizada a infração 3, no valor de R\$ 1.839.468,12.

A infração 4 exige diferencial de alíquotas sobre a aquisição interestadual do respectivo material para uso e consumo, discriminado no mesmo demonstrativo fiscal de fls. 43/65.

A diferença de alíquotas encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 155, § 2º, incisos VII e VIII), e incide nas operações interestaduais com bens de uso, consumo e ativo fixo e nas prestações interestaduais de serviço de transporte e de comunicação para consumidor final que seja contribuinte.

Tem previsão no art. 2º, IV, Lei nº 7.014/96, regulamentada pelo Decreto nº 6.284/97 (art. 1º, § 2º, IV). Seu fato gerador, para efeito de pagamento, ocorre no momento da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 4º, XV, Lei nº 7.014/96 e art.5º, I, RICMS BA). A base de cálculo do imposto (art.17, inciso XI, Lei nº 7.014/96) e, nos termos do art. 69, parágrafo único, RICMS /BA, no cálculo do ICMS diferença de alíquota aplica-se sobre o valor da operação, o percentual correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Diante do quanto exposto na apreciação da infração 3, reitero que as aquisições dos produtos tratados na presente questão como materiais de usos e consumo foram destinadas ao consumo no estabelecimento do autuado e, aquelas originadas de outros Estados da Federação, implicam no pagamento do diferencial de alíquotas. É o que consta e caracteriza a exigência na infração 4, no valor de R\$ 1.342.639,34.

Na infração 5, a exigência é pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2006 e 2007. Completa a acusação que o contribuinte não efetuou espontaneamente os estornos de crédito fiscal de ICMS das mercadorias adquiridas para industrialização e que, posteriormente, parte desta mercadoria foi destinada ao seu uso/consumo.

Os Auditores Fiscais materializaram a exigência através de demonstrativo de fls. 66/83, no total de R\$ 358.288,43, relacionado a 2% do nitrogênio e 48% do ácido sulfúrico consumido pelo estabelecimento. Alega o autuado que tais materiais são utilizados no processo produtivo, descrevendo sua função no funcionamento da unidade fabril.

Examinando os termos dos autos verifico que o próprio laudo técnico (IT – Informe Técnico 004/2009) acostados ao PAF, fl. 343/345, ao descrever a função de alguns materiais utilizados no processo produtivo da unidade de insumos básicos da Braskem, informa que 2% do NITROGÊNIO CONSUMO utilizado na planta

industrial tem por escopo expurgar os hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos equipamentos para manutenção, com o fim específico de promover a limpeza química do processo, extraíndo os resíduos de hidrocarbonetos presentes nos equipamentos e máquinas que compõem o seu parque fabril.

Não se discute a essencialidade dessa limpeza no desenvolvimento da atividade industrial do autuado, mas a utilização do produto, pelo menos no percentual indicado no laudo, não se confunde com o conceito, como antes já vimos, de produto intermediário, conforme insiste o impugnante, nas suas razões.

Com relação ao ÁCIDO SULFÚRICO IB, 48% do produto é usado no tratamento de efluentes líquidos das unidades de olefinas I (UO1) e de tratamento de água (UTA), conforme consta do laudo, antes mencionado, e em atenção às normas ambientais que integram o próprio processo de industrialização, insculpidas a partir da Constituição Federal (art. 225).

Em que pese a necessidade e esforço geral na manutenção do meio ambiente equilibrado e a essencialidade de tais materiais, as exigências fiscais sobre os mesmos devem-se manter por se tratarem de insumos que “não se contaminam com o produto acabado”, caracterizando-se como materiais de uso e consumo, utilizados no tratamento de efluentes, assim como inibidores de corrosão e na assepsia ou manutenção de equipamentos industriais, sem direito ao crédito fiscal no período sob análise.

Considere-se que a previsão para créditos oriundos da aquisição de materiais de uso e consumo dar-se-á a partir de 1º/01/2020, conforme art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96, alterada pela LC 138/10.

Posto isso, no caso concreto, o ÁCIDO SULFÚRICO IB e o NITROGÊNIO CONSUMO, nos percentuais indicados no demonstrativo fiscal, extraídos do Informe Técnico produzido pelo próprio, devem ser considerados materiais de uso e consumo, restando caracterizada a utilização indevida do crédito, no valor de R\$ 358.288,41.

Na sexta infração, recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias em remessa para armazenagem, em outra unidade da Federação, nos períodos de 2006 e 2007, no valor global de R\$ 1.724.023,76.

Nas razões, reclama o autuado que a fiscalização entendeu que houve saída de mercadoria para armazenagem fora do Estado com a utilização de base de cálculo inferior o preço praticado nas vendas realizadas na praça do remetente; procedeu a novos cálculos e apurou o valor, ora exigido. Diz, contudo, que houve equívoco fiscal, quando da fixação do imposto, nessa infração.

Aduz que, como a legislação não dispõe especificamente sobre a base de cálculo a ser adotada nas remessas interestaduais para armazém geral, deve ser aplicado o preço FOB à vista da operação mais recente, nos termos do art. 56, III, “b”, combinado com o § 1º do mesmo artigo.

Os Auditores elaboraram demonstrativo fiscal, fls. 88/95, identificando as diferenças encontradas e contestam a forma de apuração da base de cálculo proposta pelo autuado, uma vez que não considera o inciso I e o II do § 1º do artigo 56, que restringem as saídas a serem confrontadas às saídas no mercado atacadista local, não podendo comparar, por exemplo, as operações de venda com CFOP 6105 e com operação de CFOP 6905,

Diante do impasse, a junta de julgamento fiscal desse CONSEF, em pauta suplementar, converte o Processo Administrativo Fiscal em diligência para que um membro da sua Assessoria Técnica – ASTEC verifique se a base de cálculo apurada no demonstrativo fiscal de fls. 88/95, que serviu de confronto com a base de cálculo utilizada pelo contribuinte, nas remessas para armazenagem dos produtos em outro Estado da Federação foi apurada considerando o preço FOB à vista da operação mais recente.

Para que se apurasse o valor mais fidedigno da base de cálculo, nos termos do art.56, III, “b”, RICMS BA, solicitou-se que, no cotejo desses valores, fossem observadas as demais operações de vendas praticadas pelo estabelecimento industrial que possuíam melhores condições de preço, incluindo as vendas interestaduais de produção do estabelecimento; possíveis repercussões dos valores das vendas de produtos depositados em São Paulo (alíquota interna de 18%), considerando que na remessa interestadual, seu preço unitário estará onerado pela alíquota interestadual de 12%, além da verificação se os valores considerados nas remessas para armazenagem estariam onerados do frete.

O Parecer ASTEC 0152/11 informa que os Auditores Fiscais, na apuração do preço FOB à vista da operação mais recente para fins da determinação da base de cálculo utilizada no levantamento fiscal de fls. 88/95, confrontado com os valores do contribuinte, nas remessas para armazenagem de seus produtos, em outras unidades da Federação, consideraram exclusivamente as operações internas classificadas no CFOP 5101. Após as correções, exclusão da alíquota interestadual embutida no preço, inclusão das operações de vendas classificadas nos CFOP 6.101, 6105 e 6652, na determinação dos cálculos para fins do cotejo com os valores utilizados nas remessas para armazenagem, conclui o Parecer pela redução do débito para R\$ 195.055,50.

Cientificado do resultado da diligência, o sujeito passivo manifesta-se contrário à falta de exclusão do valor do frete no preço da venda, argumentando que disponibilizou, no curso da diligência, todos os talonários de notas fiscais de saída, colacionando nos autos, inclusive, alguns exemplares de notas fiscais oneradas pelo frete,

contestando a informação do diligente que não foram apresentados os documentos comprobatórios da parcela do frete que compõem os preços.

Questiona ainda, em que pese a falta de apresentação de tais documentos, isto não autoriza a exigência de tributo sobre uma base de cálculo notoriamente indevida. Reitera que o valor deve corresponder ao preço FOB à vista da operação mais recente e que as cópias das notas fiscais anexadas demonstram que tais operações foram realizadas com a cláusula CIF. Mantém-se irredutível o autuado, acreditando que excluídos os custos de frete que gravaram as operações de vendas, constatar-se-á que não restará diferença a ser exigida.

Vejam, então. Temos que nas remessas para armazenagem em outra unidade da Federação, o contribuinte deve adotar a base de cálculo, conforme previsto no art. 56, inciso III, alínea “b” do RICMS BA, o preço cobrado pelo estabelecimento industrial, na operação FOB à vista mais recente, que, por oportuno, reproduziremos a seguir, salientando-se que foi este o entendimento constante do voto vencedor na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, conforme Acórdão CJF Nº 0375-12/07.

A legislação desse Estado dá o seguinte tratamento para a formação da base de cálculo do ICMS.

Art. 56. *A base de cálculo do ICMS, nas operações internas e interestaduais realizadas por comerciantes, industriais, produtores, extratores e geradores, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é:*

I - *na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade (art. 2º, I, II, III e IV), o valor da operação;*

II - *na entrada, no território deste Estado, de energia elétrica, de petróleo e de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando oriundos de outra unidade da Federação e não destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (art. 2º, X), o valor da operação de que decorrer a entrada;*

III - *na falta do valor a que se referem os incisos anteriores:*

a) *o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da operação ou, na sua falta, no mercado atacadista regional, caso o remetente seja produtor, extrator ou gerador, inclusive de energia;*

b) *o preço FOB de estabelecimento industrial a vista, caso o remetente seja industrial (§ 1º);*

c) *o preço FOB de estabelecimento comercial a vista, nas vendas a outros comerciantes ou industriais, caso o remetente seja comerciante (§§ 1º e 2º);*

§ 1º *Para aplicação do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso III deste artigo, adotar-se-á, sucessivamente:*

I - *o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente;*

II - *caso o remetente não tenha efetuado venda de mercadoria, o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da operação ou, na falta deste, no mercado atacadista regional.*

Na dúvida sobre a correta forma de apuração da base de cálculo, ministrada pela fiscalização, nas saídas de mercadoria para armazenagem fora do Estado, a diligência ajustou o demonstrativo inicial elaborado pelos Auditores Fiscais, responsáveis pelo feito, às fls. 88/95, reduzindo a exigência de R\$ 1.724.023,76 para R\$ 195.055,50.

A irredutibilidade remanescente apresentada pelo autuado, sob a arguição de que os preços que serviram ao confronto, nas remessas interestaduais, estavam gravados por fretes com cláusula CIF, não tem procedência. Inicialmente, constato que desde o início dos procedimentos fiscais, os Auditores firmam a apuração do frete FOB ou outros casos, em que as mercadorias foram transportadas por DUTOVIAS. A diligência designada com esse fim especial reafirma a existência de operações de saídas com preço FOB e que o autuado não aponta em quais notas fiscais ocorreram operações na modalidade CIF.

Devo, antes, registrar que nas operações com cláusula CIF, o tomador, aquele que paga o serviço de transporte é o remetente; em sentido contrário, no frete contratado com a cláusula FOB, compete ao destinatário da mercadoria o pagamento do custo do transporte.

Nesse caso, em havendo, de fato, alguma operação com cláusula CIF, que o autuado entendesse a importância da segregação desse valor para fins de operacionalizar o confronto com os valores das remessas de mercadorias para armazém geral fora do Estado, deveria o sujeito passivo, não apenas disponibilizar, conforme afirma, os talonários de notas fiscais de saídas, mas providenciar no sentido da identificação dos valores de frete que estariam a gravar cada operação, independente do volume de tais operações. Considerando que discussão específica já se arrastava desde o início da ação fiscal. As notas fiscais acostadas aos autos, por amostragem, após a solicitação da diligência, não respondem ao questionamento defensivo, seja porque, a

simples indicação da modalidade de frete em cada operação, não garante a existência de valores de frete embutido, no seu total, seja porque, entre as notas acostadas aos autos, existem operações com indicação tanto CIF e FOB, a exemplo das Notas Fiscais 337.366 e 336.938, fls. 412 e 414.

Data vênia, trata-se de equívoco defensivo a afirmativa: “Ademais, em que pese o autuado não ter apresentado documentos comprobatório da parcela do frete que compõe o preço da mercadoria, tal fato não autoriza exigir tributo sobre base de cálculo notoriamente indevida”.

A verdade material é função do Processo Administrativo Fiscal e, mitigando o conceito formal de litígio, deve ser buscada pelas partes, a Fazenda Pública e o contribuinte. A diligência fiscal não foi solicitada para trazer provas ao processo, sequer para suprir a prova mal formulada, porque não é essa a sua natureza; tal incumbência compete ao agente fiscal ou ao autuado. A diligência se presta a esclarecer dúvidas presentes no processo. No caso, a identificação de possíveis valores que gravassem os custos de fretes e que precisariam ser excluídos para fins da determinação da base de cálculo nas remessas em cheque, é uma prova que incumbe ao autuado, cujos documentos encontram-se na sua posse e, em sendo necessário no apoio de suas razões, deveriam ser neles expressados e juntados aos autos.

Ante o exposto, acolho o Parecer nº 0152/2011, emitido pela ASTEC, órgão técnico desse CONSEF, que identificou razões na exigência da infração 06, reduzindo, contudo, o seu valor para R\$195.055,50, conforme fls.453/454, após a exclusão das saídas estranhas à operação, correção do valor utilizando-se o preço FOB mais recente, considerado o reflexo do ICMS embutido no preço.

Por fim, a sétima infração exige ICMS sob a acusação de que o contribuinte remeteu mercadoria para armazenagem em outra unidade da Federação sem destaque do imposto, no valor de R\$170.838,31.

Nas razões, o impugnante garante que as Notas Fiscais nºs 308.146 e 339.155 foram canceladas, não tendo acobertado qualquer remessa de mercadoria para armazenagem em outros Estados, que justifique a exigência do ICMS, além da penalidade prevista no art. 44, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Argumenta que, embora não tenha apresentado as vias originais dos documentos cancelados, traz como provas o relatório extraído de seu sistema de gerenciamento de dados, apontando os mencionados cancelamentos, em janeiro de 2006 e março de 2007 (DOC 08), registro fiscal das notas canceladas (DOC 09) e lançamento do registro tipo 50 dos arquivos SINTEGRA, transmitidos a SEFAZ/BA (DOC 10). Conclui que a não apresentação das primeiras vias das notas fiscais, contudo, não altera a realidade dos fatos.

Examinando os autos do processo, verifico que, mesmo após expressa intimação, durante a diligência fiscal, para que o autuado acostasse aos autos as provas do efetivo desfazimento das operações havidas através das Notas Fiscais nºs 308.146 e 339.155, o sujeito passivo não apresentou as primeiras vias dos aludidos documentos cancelados, reiterando que não dispõe em seu arquivo das suas vias originais, uma vez que o cancelamento ocorreu, após as primeiras vias terem sido destacadas dos respectivos talonários e após entrega das mercadorias ao transportador.

O contribuinte procede a uma operação com repercussão no lançamento de ICMS, sem a apresentação do documento fiscal exigível na legislação do imposto. Objetivando esclarecer a situação de pendência e, em atenção à verdade material, princípio caro ao processo fiscal tributário, foi designada diligência com o fito especial de juntar ao PAF cópias das primeiras vias da operação desfeita.

O caso concreto não trata de uma devolução. Posto que devolução é a operação através da qual o destinatário da mercadoria faz o retorno da mesma, ao remetente, após o seu recebimento. Segundo a narrativa da defesa, o cancelamento das notas fiscais ocorreu após o seu destaque do talonário e entrega das mercadorias ao transportador, mas antes de chegar ao seu destino. Ao dispor sobre o retorno de mercadorias não entregues ao destinatário, o art. 654, RICMS-BA, assim dispõe:

Art. 654. O estabelecimento que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá:

***I** - emitir Nota Fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação;*

***II** - lançar a Nota Fiscal emitida na forma do inciso anterior no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, quando for o caso;*

***III** - manter arquivada a 1ª via da Nota Fiscal emitida por ocasião da saída, que deverá conter a indicação prevista no § 1º;*

***IV** - anotar a ocorrência na via presa ao bloco ou em documento equivalente;*

***V** - exibir ao fisco, quando exigidos, todos os elementos, inclusive contábeis, comprobatórios de que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida.*

§ 1º O transporte da mercadoria em retorno será acompanhado pela própria Nota Fiscal originária, em cuja 1ª via deverá ser feita observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador, quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria: recusa de recebimento, falta de localização do endereço, mercadoria fora das especificações, estabelecimento fechado ou inacessível, ou outro qualquer, devendo a mencionada observação ser feita, sempre que possível, no quadro "Dados Adicionais", no campo "Informações Complementares", ou, não havendo espaço suficiente, no quadro "Dados do Produto".

§ 2º O transportador da carga observará, ainda, o disposto no inciso II do art. 636, relativamente ao Conhecimento de Transporte.

Conforme consignado no caput do artigo 654 do RICMS-BA, a legislação tributária estadual prevê a hipótese da emissão de nota fiscal de entrada quando não houver a entrega de mercadoria ao destinatário, mantendo arquivada a 1ª via da nota fiscal emitida por ocasião da saída e jamais, simplesmente, o cancelamento do documento fiscal original, como procedeu o autuado.

No caso em debate, o autuado deixou de emitir a nota fiscal de entrada citada no inciso I do artigo 654, optando, equivocadamente, pelo cancelamento da nota fiscal de sua emissão. O exame desse procedimento evidencia que além de não atender à determinação contida na legislação, não adotou comportamento com provas que o justifique. Os demais documentos juntados ao processo, o relatório de gerenciamento de dados (DOC 08), a escrituração do cancelamento no livro registro de saída (DOC 09) ou a informação do cancelamento de documentos fiscais, no campo 17 do registro tipo 50 do SINTEGRA (DOC 10) não justificam o cancelamento das operações.

Não se trata, em absoluto, de privilégio da forma em detrimento ao princípio verdade material, como alegou o impugnante, mas, em contrário, a necessária observação da indisponibilidade do crédito tributário, como decorrência da impossibilidade de se transigir com o interesse público. Dessa forma, no caso concreto, os documentos apresentados pelo autuado, isoladamente, não servem como **prova inequívoca do desfazimento de negócio** e não se acomodam ao querer do legislador, uma vez que as primeiras vias das notas fiscais canceladas não foram apresentadas e as cópias dos registros acostados aos autos têm efeito exclusivamente unilateral, uma vez que foi emitida pelo próprio contribuinte e fazem referência à sua própria escrituração.

O atendimento de tais obrigações é fundamental para se comprovar o retorno de mercadorias e, assim, resguardar a Fazenda Pública de prejuízos referentes a operações que não representem reais cancelamentos. Assim é que ao regulamentar a devolução e retorno de cargas, o art. 636, RICMS BA, indica que no retorno de carga por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário, o conhecimento de transporte originário poderá servir para acobertar a prestação de retorno ao remetente e a mercadoria retornará acobertada pela nota fiscal originária.

Claramente, cumpre ao autuado observar as orientações que comprovem o desfazimento das suas operações mercantis com a apresentação das chamadas "provas inequívocas", sobretudo, pela falta de emissão da nota fiscal de entrada, ao invés de simplesmente proceder ao cancelamento da nota fiscal de saída. Na eventual impossibilidade da apresentação da primeira via da nota fiscal cancelada, haveria de acostar justificativas, em obediência ao que estabelece a legislação tributária.

Entendo que a mera escrituração das operações de cancelamento, nos livros fiscais e mesmo o lançamento de tais registros nos arquivos magnéticos são insuficientes para elidir a acusação fiscal da falta de recolhimento de ICMS. Ao decidir agir em desconformidade com o previsto na legislação, o autuado assumiu o ônus de seu procedimento irregular e caracterizou a exigência.

Posto isso, resta subsistente a infração 7, no valor de R\$170.838,31.

Após todas as considerações e análises procedidas no presente Auto de Infração, as exigências tributárias nele constantes, restam resolvidas na forma a seguir:

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA	RESULTADO
1	1.188.988,08	60%	PROCEDENTE
2	47.960,34	60%	RECONHECIDA
3	1.839.468,12	60%	PROCEDENTE
4	1.342.634,34	60%	PROCEDENTE
5	358.288,41	60%	PROCEDENTE
6	195.055,50	60%	PROCEDENTE PARTE
7	170.838,31	60%	PROCEDENTE
TOTAL	5.143.238,10		

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

A 5ª JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 I, "a", do RPAF/199.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 517/600). Inicialmente discorre sobre autuação, impugnação, reconhecimento da infração 2, razões apresentadas com relação às infrações 1, 3, 4, 5, 6 e 7, diligência realizada, Parecer da ASTEC que identificou razões na exigência da infração 6, reduzindo o débito original exigido nesta infração de R\$1.724.023,76 para R\$195.055,50.

No mérito, quanto à infração 1, que acusa exigência de estorno de crédito fiscal relativo à entrada de insumos utilizado nas na produção de GLP, cuja saída foi contemplada com Redução de Base de Calculo (RBC), comenta os fundamentos da Decisão e reapresenta os argumentos defensivos de que (i) os insumos são utilizados na produção de eteno, propeno e compostos aromáticos, sendo o GLP, um subproduto (ii) o art. 100, II do RICMS/BA, prevê *estorno de crédito fiscal relativo a mercadorias cuja operação subsequente seja contemplada com RBC, mas não se aplica à mercadorias submetidos a produção*; (iii) o fundamento quanto a previsão do estorno se aplica às operações ou prestações isentas ou não tributadas (iv) o estorno de crédito vai de encontro à desoneração do GLP, prevista no Convênio ICMS 112/89; (v) os Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul regulamentam a RBC na comercialização de GLP e não exigem estorno de crédito.

Quanto às infrações 3 e 5, que acusam respectivamente estorno dos créditos fiscais decorrentes das aquisições de produtos destinados a uso e consumo e da falta de estorno de créditos relacionados a 2% do Nitrogênio Consumo e 48% do Ácido Sulfúrico, esclarece que a fiscalização apurou, mês a mês, os créditos fiscais de ICMS apropriados escriturados nos Livros RE e RAICMS.

Questiona o procedimento, visto que na infração 1 foram considerados todos os créditos fiscais utilizados, exigindo estorno proporcional às saídas com RBC, enquanto nas infrações 3 e 5 foram glosados integralmente os mesmos créditos fiscais, estornar duas vezes o mesmo crédito. Requer que os créditos glosados nestas infrações (3 e 5), seja excluídos da infração 1, evitando dupla cobrança, mediante realização de diligência fiscal, por auditor estranho ao feito.

Caso não acolhida a diligência, requer reforma do acórdão ora recorrido, julgando improcedente o lançamento fiscal exigido na infração 1, tendo em vista que:

- a) O dispositivo tido como infringido não guarda relação de causalidade com o fato concreto, além de inexistir na legislação qualquer dispositivo que exija estorno de créditos relativo à aquisição de bens que, submetidos a processo de produção, saiam com redução de base de cálculo do imposto;
- b) O estorno de créditos exigido vai de encontro ao objetivo perseguido pelo CONFAZ, ao editar o Convênio ICMS 112/89, subscrito pelo Estado da Bahia;
- c) O GLP é sub-produto, gerado involuntariamente, não custeado pela entrada de insumos, nem do ativo imobilizado, por serem empregados na produção de produtos com saídas tributadas;
- d) Se, não entender dessa forma, requer revisão do lançamento fiscal com a realização de diligência.

Destaca que se defendeu das infrações 3 e 5, dado a relação estabelecida de direito ao crédito fiscal relativo aos materiais adquiridos o que se reconhecido, afasta a exigência do diferencial de alíquotas

Discorre sobre a fundamentação apresentada pela JJF e afirma que os produtos listados no Anexo C, se caracterizam como produtos intermediários, pela essencialidade no processo produtivo, em resumo:

- A) Moetilenoglicol: fluido de selagem das bombas, evitando vazamentos na corrente de processo, danos à higiene ocupacional e impactos ambientais. Afirma que o produto “entra em contato com as correntes líquidas da planta de isopreno, se incorporando a estas (compondo, portanto, o produto final)”;
- B) Tracerco: adicionado aos solventes para identificar o produto final (DNA do solvente),

atendendo a normas da Agência Nacional de Petróleo (ANP), para combater a fraude de combustíveis. Ressalta que a 4ª JJF, no Processo nº 271330.0002/10-3, solicitou em diligência que a ASTEC fizesse a exclusão dos valores relativos aos produtos em voga;

- C) Unidade de Tratamento de Água (UTA): capta água no Rio Joanes e em 15 poços artesianos (PA), passando pelas **etapas de Clarificação e Filtração**, cujo pH é corrigido com soda cáustica; recebe **sulfato de alumínio** para floculação (decantação); **cloro** para oxidação de matéria orgânica (agente anti-bactericida) e o polieletrólito (nalclear 8170) para auxiliar na floculação.

Em seguida é bombeada para desmineralização, utilizando ácido sulfúrico para retirada dos sais minerais; peneirada com sulfato de alumínio, promovendo troca iônica, saindo com a molécula de H + do ácido sulfúrico. Periodicamente é adicionado solução de **sal fino para melhorar a desmineralização**.

Salienta que a água desmineralizada é comercializada como produto final, e também utilizada na produção de água potável (carbonato de sódio), que é vendida a outras empresas do Pólo de Camaçari.

Observa que os produtos: SULFATO DE ALUMÍNIO, CLORO, NALCLEAR, SAL FINO E CARBONATO DE SÓDIO, cujos créditos fiscais foram glosados, são insumos utilizados na produção de Água Clarificada, Desmineralizada e Potável, sendo descabida, portanto, a glosa do crédito fiscal.

- D) CORANTE LARANJA AUTOMATE-2XS: utilizado como um aditivo ao combustível fabricado e comercializado que integra o produto final, que corresponde à gasolina, incolor, que por questões comerciais, adiciona ao combustível que será comercializado.
- E) INSUMOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO: Hipoclorito de Sódio, Algicida Cloreto Alq Amônia 6, Dispersante Sistema Resfr, Trasar 73202, Nalsperse 7308, Nalco 1336, Nalco 7330, Nalco 8338, Nalco N-7342 e Inibidor Corrosão Agua Resfr B. A água de resfriamento tem como função *“resfriar correntes intermediárias de processo, de forma a deixá-las em condições de serem processadas até a sua transformação em produto final”*.;
- F) CLORETO PA 99%: reagente químico utilizado em laboratório para fins de controle de qualidade, cujo direito de utilização de crédito fiscal é reconhecida na Decisão Normativa CAT 01 do Estado de São Paulo, cujo teor transcreveu às fls. 59 e 60;
- G) REAGENTE ANALÍTICO DA-2326: utilizado na seção de retificação (purificação) da gasolina de pirólise nas torres fracionadoras DA-1101 e DA-410, oriunda do craqueamento da nafta, para controlar a polimerização de monômeros insaturados na gasolina de pirólise. Ressalta que 4ª JJF, também em diligência à ASTEC (doc. 02), mandou excluir tal produto da autuação;
- H) INSUMOS UTILIZADOS NA GERAÇÃO DE VAPOR: NALCO 22130 (TRASAR) - utilizado como inibidor de corrosão, na geração de vapor, removendo o gás carbônico da água de alimentação de caldeira Des aeradores; NALCO Y-300548 - Fosfato monossódico usado para tamponar o ph, no tratamento de água de geração de vapor nas caldeiras e geração de vapor dos fornos de pirólise;
- I) AR MEDICINAL CIL 9,6 MM3: utilizado para garantir o acesso de pessoas em ambientes confinados, evitando, assim, a presença de gases ou outras substâncias tóxicas.
- J) AR DE SERVIÇO: utilizado na Unidade de Insumos Básicos, na remoção de “coque” nos fornos de pirólise das Unidades de Eteno, onde diversos catalisadores de paládio, geram subprodutos (coques) que ficam depositados no fundo do catalisador e impedem a execução de sua função. O Ar de Serviço, entrar em contato com o “coque”, entra em combustão, eliminando-o;
- K) _GÁS DIÓXIDO DE CARBONO CO2: utilizado para neutralizar a soda gasta oxidada oriunda da

Unidade de Termoxidação de Soda Gasta (A-4060 de Olefinas-2), com finalidade de adequar o parâmetro ph da corrente que integra o processo produtivo, caracterizando como produto intermediário.

- L) DIMETIL FORMAMIDA 99,9%: utilizado no processo produtivo das Unidades de Extração de Butadieno 1,3 (A350/2350), sendo adicionada para alterar a volatilidade dos contaminantes em relação ao 1,3- butadieno, proporcionando, assim, sua separação;
- M) AGENTES ANTI-CORROSIVOS, BEM COMO NA LIMPEZA QUÍMICA DO PROCESSO: Diante do desgaste e corrosão do maquinário utilizado no processo de produção, em contato com produtos químicos, são utilizados os produtos Kurizet L112 Sol Nitr Sódio 33, Inibidor Corrosão Água Proc Alcoóis, Inibidor Corrosão Água Proc Aminas, Inibidor Corrosão Água Proc Aminas Vol e Inibidor de Corrosão Agua/Sal Ami, com objetivo de minimizar os efeitos ou inibição de corrosão. Também para promover a limpeza química do processo: Desgaseificador EC-9104, Detergente Industrial Safety e Desengraxante Hidrocarboneto L.

Discorre sobre o princípio da não-cumulatividade, esculpido no art. 155, § 2º, da CF/88, afirmando que a legislação federal complementar garante o direito ao crédito não só do ICMS incidente nas aquisições de matéria-prima aplicada na produção, mas também do imposto incidente nas aquisições de material secundário ou intermediário utilizado no processo industrial. Entende que não há *qualquer limitação no que tange à utilização de tais créditos, exigindo-se, apenas, que o material intermediário/secundário faça parte do processo industrial e que se caracteriza como produto intermediário “aquele que, sem integrar o produto final, é empregado, de forma indispensável, no processo de industrialização”*.

No tocante à infração 5, que exige estorno dos créditos fiscais de 2% do Nitrogênio Consumo e a 48% do Ácido Sulfúrico IB, adquiridos para industrialização, que acusa ser destinados ao uso/consumo, ressalta que foram utilizadas no seu processo produtivo, classificados como produtos intermediários.

NITROGÊNIO CONSUMO: o percentual de 2% tem como função expurgar os hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos equipamentos para manutenção, ou seja, promover a limpeza química do processo, extraindo resíduos presentes nos equipamentos e máquinas do parque fabril.

ÁCIDO SULFÚRICO IB: o percentual de 48% foi utilizado no tratamento de efluentes, atendendo a normas ambientais e integra o processo de industrialização, cujo tratamento prévio (correção de PH) dos efluentes deve ser feito concomitantemente com o processo produtivo dentro da planta industrial das empresas químicas e petroquímicas (Conselho Nacional do Meio Ambiente), para preservação do meio ambiente, proteção do solo, dos recursos hídricos, da saúde e segurança pública.

Discorre sobre as normas (artigos 24, 225 da CF; art. 34 do Decreto nº 99.274/90; art. 226 da Constituição do Estado da Bahia), afirmando que os produtos utilizados para cumprir as normas ambientais, integra o processo produtivo, evitando a sua paralisação, devendo o ácido sulfúrico ser entendido como “produto intermediário”, mesmo quando utilizado para correção de PH de efluentes e correto a utilização do crédito fiscal correspondente.

No tocante à infração 6, que acusa saída a mercadorias para armazenagem em outras unidades da Federação com base de cálculo inferior ao preço na praça do remetente, ressalta que após a defesa, informação fiscal, a 5ª JF efetuou diligência cujo resultado, foi exarado o Parecer ASTEC nº 0152/2011, que foi acolhido na Decisão primeira instância, reduzindo o débito para R\$195.055,50.

Discorre sobre o voto proferido relativo à esta infração, sem comprovar a *alegação de que “...diversas operações foram realizadas na modalidade CIF...”* sem apontar quais notas fiscais, nem apresentar os documentos comprobatórios da parcela do frete que compõe os preços consignados nas notas fiscais, de forma que possibilitasse a realização da tais exclusões.

Comenta que diante dos dois fundamentos (indicação na nota fiscal, e sua apresentação), afirma que no curso da diligência foi disponibilizada a diligente todos os seus talonários de notas fiscais de saída, tendo, por amostragem colacionado aos autos, cópias de algumas notas fiscais oneradas pelo frete, onde se pode constatar informação de que as operações foram pactuadas sob a cláusula CIF.

Afirma ser insubsistente a afirmação da diligente que não apontou as NFs oneradas pelo frete. Reitera, nesta oportunidade, o argumentado defensivo, pugnando pela reforma do r. acórdão, julgando-se, por conseguinte, inteiramente improcedente a infração 6.

Quanto à infração 7, relativo a não recolhimento do ICMS relativo à mercadoria remetidas para armazenagem em outro Estado, referente às Notas Fiscais nºs 308.146 e 339.155. Argumenta que apesar de ter juntado documentos e realizado diligência fiscal para comprovar o cancelamento das operações, a JJF não acatou tais argumentos devido à falta da apresentação das primeiras vias das notas fiscais.

Ressalta que apresentou (i) relatório de seu sistema de gerenciamento de dados; (ii) livro Registro de Saídas; (iii) registro Tipo 50 do arquivo SINTEGRA, todos para comprovar que as operações foram canceladas. Afirma que não se deve privilegiar o formalismo em detrimento da verdade material.

Discorre sobre o princípio da verdade material, argumentando que o juízo de valor emitido não pode causar prejuízo ao contribuinte ou promover enriquecimento ilícito do Estado, dado a inviabilidade da apresentação da documentação fiscal solicitada. Requer o acolhimento das provas apresentadas.

Por fim, requer o provimento do Recurso Voluntário, julgando procedente em parte o Auto de Infração, afastando as exigências das infrações 1, 3, 4, 5, 6 e 7.

O processo foi encaminhado para a PGE/PROFIS (fl. 635) que exarou o Parecer às fls. 637/646, no qual comentou as infrações, o julgamento da JJF e opinou que com relação às infrações:

1 – Segundo o STF a redução de base de cálculo configura isenção parcial (art. 155, §2º da CF), logo é passível de anulação de crédito relativo às operações anteriores, a exemplo das decisões contidas no AI-AgR 449051 – RS; AI – ED 497755 – PR. Afirma que não merece acolhimento as alegações de que o GLP é gerado de forma involuntária, considerando que tem como origem as mesmas matérias primas e insumos cujos créditos fiscais foram utilizados. Também que a metodologia aplicada no cálculo do estorno foi estimada corretamente. Também, que é equivocado o pedido de se excluir os créditos fiscais glosados nas infrações 3 e 5, relativo a utilização indevida de crédito fiscal, visto que nesta infração não houve glosa dos créditos fiscais [e sim exigência de estorno].

3 e 5 – Quanto à alegação de direito de crédito fiscal decorrente da aquisição de supostos produtos intermediários, afirma que não possuem os requisitos passíveis de gerar crédito, qual seja, “o contato físico com o produto objeto da nova circulação econômica, dentro da ótica da não-cumulatividade”, que está sedimentado nas decisões do CONSEF. Diz que o único produto que resta dúvida seria o Corante Laranja Automate, pois agrega ao produto final, mas como descrito à fl. 573, é feito após o processo de produção, descaracterizando como insumo.

6 – Que as alegações são genéricas sem carrear as provas pontuais e específicas de que as operações foram pactuadas com cláusulas CIF.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

A 1ª CJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 649), no sentido de que seja retirado da infração 1 os valores dos créditos fiscais glosados nas infrações 3 e 5; bem como, intimar o contribuinte para apresentar prova das suas alegações com relação à infração 6.

A diligente da ASTEC no Parecer às fls. 655/656 informa que atendendo ao determinado, fez a

exclusão dos valores dos créditos fiscais as infrações 3 e 5, na infração 1, o que resultou nos demonstrativos analíticos das fls. 705/717, reduzindo a infração 1 de R\$1.188.988,09 para R\$1.187.443,08, conforma planilha sintética à fl. 718 e mídia em CD à fl. 656.

Quanto à infração 6, informa que o sujeito passivo apresentou as planilhas às fls. 719/725, na qual registrou na coluna frete o valor de algumas notas fiscais com cláusulas CIF, juntando cópia da nota fiscal (fls. 669/703), mas não carrou ao processo qualquer outro elemento de comprovação de que arcou com as despesas do frete (CTRC, comprovante bancário, etc.). Ressalta que também foram juntadas ao processo demonstrativo com Notas Fiscais (334811, 335315, 335814 e 1747) emitidas em janeiro de 2007 (fl. 722), que acusam cláusulas CIF e não contam no levantamento fiscal. Por isso, não efetuou qualquer ajuste nesta infração.

Os autuantes se manifestaram acerca da diligência fiscal (fls. 728/729), comentam as infrações objeto da diligência e do seu resultado, considerando cientes da sua realização.

O sujeito passivo manifestou se acerca da diligência (fls. 732/745), inicialmente faz um resumo da autuação, impugnação, julgamento, conversão em diligência, Parecer da ASTEC, afirmando que:

Infração 1 – Reitera os argumentos de inaplicação do dispositivo legal ao fato; distorção da finalidade perseguida pelo Convênio ICMS 112/89 (redução da carga tributária do GLP); subproduto gerado involuntariamente; equívocos nos cálculos.

Anui com a exclusão feita pela ASTEC e reitera os outros argumentos, além dos indicados nos itens 2.4.1 (estornos de devolução de materiais de uso e consumo); 2.4.2 inclusão de créditos fiscais transferidos de outros estabelecimentos e 2.4.3 de inclusão indevida de transferências interestaduais de matérias de uso e consumo e de ativo imobilizado para estabelecimentos filiais.

Quanto à infração 6, ressalta que a Decisão da primeira instância acatou parte das alegações reduzindo o débito para R\$195.055,50, comenta a solicitação da diligência e resposta contida no Parecer ASTEC, ressaltando que o art. 56, III, “b” do RICMS/97 prevê que a base de cálculo a ser adotada deve ser o preço FOB à vista (remessa para armazenagem) e não ser comparado com o preço CIF, cujo parâmetro foi utilizado pela fiscalização.

Afirma que as notas fiscais carreadas ao processo são exemplificativas para tentar provar que o preposto fiscal tomou como parâmetro operações com cláusulas CIF e mesmo não tendo logrado êxito em localizar outros documentos fiscais, utilizou como parâmetro notas fiscais de vendas cujo preço foram majorados pelo frete e seguro, por as operações terem sido pactuadas com cláusulas CIF. Entende que os documentos fiscais juntados ao processo são mais do que suficientes para atestar os parâmetros utilizados pelo Fisco estão viciados. Requer o provimento pela improcedência desta infração.

Por fim, pugna pela reforma da Decisão com relação às infrações 1, 3, 4, 5, 6 e 7. Protesta pela juntada posterior de documentos fiscais e contábeis, bem como a realização de diligência fiscal.

O sujeito passivo em 29/11/13 juntou à fl. 732, Termo de Confissão de Dívida relativo às infrações 2 e 7, juntando petição às fls. 770/771 e cópia dos DAEs de pagamento às fls. 790/793, em conformidade com o disposto no art. 4º da Lei nº 12.903/13.

A PGE/PROFIS exarou novo Parecer às fls. 795/803, no qual reitera o posicionamento de que a redução de base de cálculo configura isenção parcial (infração 1), cuja previsão de estorno é prevista nos artigos 21, I e 30 da Lei nº 7.014/96, sendo irrelevante que a saída do GLP seja diminuta nas receitas de venda.

Também, que os produtos listados nas infrações 3 e 4, não geram crédito fiscal, *“por serem utilizados em efluentes e linhas de refrigeração, não tendo contato com o produto final saído do estabelecimento”* (isooctano, tolueno e xileno), inclusive os marcadores tracerco que não entram em contato na fabricação do bem final e sim após o processo industrial para identificar o mesmo.

Da mesma forma, os produtos nitrogênio e ácido sulfúrico (infração 5), não são utilizados

diretamente no processo industrial (limpeza de efluentes) e não geram crédito fiscal.

No que concerne à infração 6, comunga com as conclusões do Parecer ASTEC, que utilizou o preço FOB mais recente, não tendo o recorrente provado a alegação de que foi regido por cl. CIF.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

A Secretaria do CONSEF juntou cópia do Relatório de Pagamento das infrações 2 e 7 (fls. 804/805).

Esta 1ª CJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 809/810), no sentido de que fosse feito o demonstrativo original da infração 1 (fl. 717 - R\$1.187.443,08), fazendo a exclusão dos valores contidos nos Demonstrativos A-3-a e A-3b (fls. 28 a 40), relativo à (i) transferência de crédito (Politen); (ii) FAZ UNIVERSITÁRIO, conforme demonstrativo às fls. 562 e 563.

Com relação às infrações 3 (crédito indevido de material de uso ou consumo) e 4 (diferença de alíquota) devia verificar os produtos que são utilizados (sulfato de alumínio, cloro, nalclear, sal fino e carbonato de sódio), na produção de água (Clarificada, Desmineralizada e Potável) e admitir o crédito fiscal na proporção de que são comercializados e tributados pelo ICMS.

Admitir o crédito e excluir da diferença de alíquota dos produtos gás dióxido de carbono, tracerco, reagente analítico e corante laranja automate.

Em 12/02/15 o sujeito passivo peticionou juntada de comprovante de pagamento às fls. 813 a 816, relativo ao produto monoetilenoglicol, desaseificador e detergente industrial safety, que integram os demonstrativos da infração 3 e 4.

Em 18/02/15, foi acostado Termo de Transação relativo à infração 1, na qual o contribuinte reconheceu o débito referente à infração 1, no valor de R\$1.188.988,08 (fl. 820 e fls. 1009/1010), juntamente com o comprovante de pagamento acrescido de juros e multa (fl. 833).

O diligente no Parecer ASTEC 88/2016 (fls. 834 a 838), inicialmente ressalta que ao intimar o contribuinte foi informado que reconheceu a infração 1, motivo pelo qual deixou de fazer.

Quanto às infrações 3 e 4, informa que o contribuinte apresentou laudo técnico demonstrando percentual de venda de 21,32% em 2006 para desmineralizada e de 40,89% para água clarificada e 75% para água potável. Já em 2007, os percentuais foram respectivamente de 23,30%, 38,96% e 73,60%.

Afirma que juntou às fls. 981/988 demonstrativo com as exclusões efetuadas, indicando os percentuais consumidos de sulfato de alumínio, cloro líquido e nalclear, ácido sulfúrico, sal fino, carbonato de sódio, utilizados no tratamento da água potável, desmineralizada e clarificada. Por fim, apresentou demonstrativo de débito à fl. 827 no qual indicou o valor para os quais foi reduzido a infração 3 de R\$513.184,86 e R\$256.613,34 na infração 4.

Informou ainda, que a empresa dispensou vista ao relatório da diligência, desde que não houvesse alterações dos valores que foram apurados.

Cientificado do resultado da diligência, o autuante não se manifestou (fl. 1028).

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 1029 a 1036, extratos de pagamentos relativo às infrações 1, 2, parte das infrações 3 e 4 e infração 7.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício em decorrência da desoneração procedida na infração 6, que acusa recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias em remessa para armazenagem, em outra unidade da Federação (2006 e 2007).

Constato que na impugnação o sujeito passivo contestou os demonstrativos elaborados pela fiscalização, por entender que utilizou corretamente a base de cálculo, o que não foi acatado

pelos autuantes.

Em atendimento a diligência determinada pela 3ª JJF a ASTEC/CONSEF (fl. 381), no Parecer nº 0152/11 (fls. 386/388) a diligente constatou que a fiscalização apurou o preço FOB da operação mais recente (art. 56, III, “b” do RICMS/97), considerando exclusivamente as operações internas classificadas no CFOP 5101. Refez os demonstrativos originais (fls. 88/95), considerando todas as vendas classificadas nos CFOP 6.101, 6105 e 6652, para fins do cotejo com os valores utilizados nas remessas para armazenagem.

Pelo exposto, considero correto o procedimento adotado pela diligente que foi acolhido pela 3ª JJF, visto que, conforme fundamentado no voto do julgamento ora em reexame, o art. 56, III, “b” do RICMS/97, estabelece que nas operações interestaduais, na falta de valor, a base de cálculo do ICMS é o “*o preço FOB de estabelecimento industrial a vista, caso o remetente seja industrial (§ 1º)*”, ou seja, *o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente e caso o remetente não tenha efetuado venda de mercadoria, o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da operação ou, na falta deste, no mercado atacadista regional.*

Assim sendo, fica mantida a Decisão que julgou procedente em parte a infração 6, com redução do débito de R\$1.724.023,76 para R\$195.055,50, de acordo com o demonstrativo de fls. 453 a 454. Não provido o Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, versa sobre as infrações 1, 3, 4, 5, 6 e 7.

Inicialmente, cabe ressaltar que apesar de ter apresentado argumentos recursivos referentes a estas infrações, o estabelecimento autuado em 18/02/15, reconheceu o débito integral da infração 1, apresentando o comprovante de pagamento (fl. 820) e também da infração 7 (fl. 804).

Portanto, as infrações 1 e 7, foram extintas pelo pagamento, conforme disposto no art. 122 do RPAF/BA. Fica prejudicada a apreciação das razões de mérito apresentadas no Recurso Voluntário quanto a estas infrações.

Pelo exposto, resta a apreciação do Recurso, no que se refere às infrações 3, 4, 5 e 6.

Com relação à infração 6 (base de cálculo apurada a menor/remessa para armazenagem), a mesma foi julgada procedente em parte, com redução do débito de R\$1.724.023,76 para R\$195.055,50 conforme apreciado acima no Recurso de Ofício.

Com relação à Decisão proferida na primeira instância, o recorrente argumentou que após a realização da diligência pela ASTEC/CONSEF foram apresentados dois fundamentos:

- 1) Que não apontou as notas fiscais oneradas pelo frete CIF;
- 2) Não apresentou os documentos comprobatórios da parcela do frete que integra o preço consignado nas notas fiscais conforme apreciado anteriormente.

Observe que além da diligência realizada pela ASTEC que culminou na redução do débito no julgamento da primeira instância da infração 6, foram realizadas diligências na segunda instância, conforme síntese abaixo:

Na diligência requisitada por esta 1ª CJF (fl. 649), foi determinado que o diligente intimasse o contribuinte para apresentar prova das operações de frete com cláusula CIF, que não “*sejam meras notas fiscais*” com indicação de *frete por conta*.

A diligente da ASTEC no Parecer às fls. 655/656 informou que foi apresentada planilha às fls. 719/725, na qual registrou na coluna frete o valor de algumas notas fiscais com cláusulas CIF, juntando cópia da nota fiscal (fls. 669/703), mas não carrou ao processo qualquer outro elemento de comprovação de que arcou com as despesas do frete (CTRC, comprovante bancário, etc), motivo pelo qual não foi feito qualquer ajuste na infração 6.

Na manifestação acerca da diligência fiscal (fls. 740 a 743), o recorrente alegou que:

- A) O art. 56, III, “b” do RICMS/97 prevê que a base de cálculo adotada deve ser o preço FOB;
B) A fiscalização, na maioria dos casos, utilizou como parâmetro as vendas a preço CIF.

E que “*embora a ora Manifestante não tenha logrado localizar outros documentos solicitados no curso da diligência fiscal, está convicta da lisura dos procedimentos por si adotados quando da realização das operações de remessa para armazenagem em outro Estado*”.

Requeru que fosse feita a exclusão da base de cálculo do valor do frete nas operações CIF.

Pelo exposto a questão central que remanesce é o parâmetro que foi apurado a base de cálculo nas operações de remessa para armazenagem, que o recorrente afirma ter a fiscalização se baseado em alguns casos em operações com preço CIF, ao invés de preço FOB, como previsto no art. 56, III, “b” do RICMS/97, que transcrevo abaixo:

Art. 56. A base de cálculo do ICMS, nas operações internas e interestaduais realizadas por comerciantes, industriais, produtores, extratores e geradores, quando não prevista expressamente de forma diversa em outro dispositivo regulamentar, é:

I - na saída de mercadoria e na transmissão de sua propriedade (art. 2º, I, II, III e IV), o valor da operação;

II - ... energia elétrica - omissis;

III - na falta do valor a que se referem os incisos anteriores:

a) o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da operação ou, na sua falta, no mercado atacadista regional, caso o remetente seja produtor, extrator ou gerador, inclusive de energia;

b) o preço FOB de estabelecimento industrial a vista, caso o remetente seja industrial (§ 1º);

c) o preço FOB de estabelecimento comercial a vista, nas vendas a outros comerciantes ou industriais, caso o remetente seja comerciante (§§ 1º e 2º);

§ 1º Para aplicação do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso III deste artigo, adotar-se-á, sucessivamente:

I - o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente;

II - caso o remetente não tenha efetuado venda de mercadoria, o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da operação ou, na falta deste, no mercado atacadista regional.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- A) Na primeira diligência realizada pela 5ª JJF (fls. 381/382) para averiguar a constituição da base de cálculo das operações de remessa para armazenagem, a Parecerista da ASTEC/CONSEF esclareceu que a fiscalização considerou na apuração da base de cálculo de remessa para armazenagem apenas as operações internas com o CFOP 5101, e acolheu a planilha analítica apresentada pelo estabelecimento autuado às fls. 346 a 349, em atendimento a intimação, na qual foram incluídas às operações interestaduais com os CFOP 6101, 6105 e 6652, o que resultou na redução do valor exigido de R\$1.724.023,76 para R\$195.055,50.
- B) Com relação à exclusão do valor do frete nas operações a preço CIF, esclareceu que o estabelecimento autuado apresentou notas fiscais, mas “não apontou em quais notas fiscais ocorreram tais equívocos”, nem apresentou os Conhecimentos de Transportes com indicação do valor dos fretes, para que pudesse fazer a exclusão do valor correspondente;
- C) Na manifestação acerca do resultado da diligência (fls. 402/403) o estabelecimento autuado alegou que “*as cópias das NOTAS Fiscais ora anexadas demonstram de forma cristalina que tais operações foram realizadas com Cláusula CIF*”.
- D) Tendo no Recurso Voluntário manifestado que permaneceu irressignado com a manutenção parcial da infração pela não exclusão do valor do frete nas notas fiscais que foram objeto da apuração da base de cálculo nas operações de remessa para armazenagem (fl. 595), esta 1ª CJF (fl. 649) determinou a realização de nova diligência fiscal na qual indicou que fosse intimada a empresa para “*apresentar as provas das operações de frete com cláusula CIF, que não sejam meras notas fiscais*” como apresentado anteriormente.

Por sua vez a diligente esclareceu à fl. 656, que o recorrente apresentou uma planilha demonstrativa às fls. 719 a 725, onde indicou na coluna frete a cláusula CIF, e cópias de notas fiscais às fls. 669 a 703, mas sem apresentar qualquer “*comprovante bancário de que arcou com estas despesas*”.

Na manifestação acerca da diligência fiscal realizada na segunda instância, afirmou que (fls. 742/743) que o art. 56, III, “b” do RICMS/97 prevê que a base de cálculo deve ser o preço FOB e que na maioria dos casos a fiscalização tomou como base o preço CIF e se faz necessário à exclusão do valor do frete da base de cálculo.

Pelo acima exposto, constato que tendo apresentado diversos argumentos quanto à constituição da base de cálculo apurada pela fiscalização nos Anexos D-1 (fls. 96 a 109) que serviram de parâmetro para as operações de remessa de armazenagem no Anexo D (fls. 88 a 95), na primeira diligência determinada pela 5ª JJF, a diligente acatou o demonstrativo apresentado pelo estabelecimento autuado (fls. 346 a 349), no qual foram indicadas as notas fiscais “*utilizadas como parâmetro pela impugnante*”, o que resultou na redução do débito de R\$1.724.023,76 para R\$195.055,50, conforme demonstrativo sintético consolidado pela diligente às fls. 453 a 455, que foi acolhido na Decisão proferida pela 5ª JJF.

Tendo argumentado que foram mantidas os parâmetros das operações a preço CIF, em atendimento a diligência determinada por esta 1ª CJF, o recorrente apresentou demonstrativo de fls. 719 a 725 e cópias de notas fiscais com indicação de preço CIF às fls. 669 a 703.

Pela análise destes documentos constato que:

- 1) No exercício de 2006, quase todas as notas fiscais apresentadas indicam preço FOB (fls. 719 a 721) tendo indicado poucas notas fiscais a preço CIF nos meses de setembro, outubro e novembro;
- 2) Já no exercício de 2007, foram indicadas diversas notas fiscais parâmetros a preço FOB e outras com indicação de preço CIF (fls. 722 a 725).
- 3) Diversas NFs relacionadas com indicação de preço CIF, *não indicam o transportador*, a exemplo do exercício de 2006 de nºs 329449, 329799, 332713, 331550 (fls. 671 a 674) e exercício de 2007, de nºs 335515, 335814, 336877, 337453 (fls. 676 a 703). Algumas indicam o transportador, a exemplo do nº 328144 (fl. 669).

Por tudo que foi exposto, pode se concluir que:

- X) Tendo a fiscalização adotado como parâmetro operações a preço FOB e a preço CIF, a empresa foi intimada para apresentar demonstrativo próprio, antes do julgamento da primeira instância, sendo que a diligente acatou o que foi apresentado às fls. 346 a 349, que foi acatado pela 5ª JJF, resultando na redução do débito de R\$1.724.023,76 para R\$195.055,50;
- Y) O recorrente tendo sido intimado após o julgamento da primeira instância, contestou que deveria excluir o valor do frete nas operações CIF, mas mesmo tendo sido intimado, não apresentou demonstrativos com indicação do valor do frete. Tomando por exemplo a NF 328144 (fl. 669) relacionada à fl. 721, indica que a operação foi feita a preço CIF, mas não indica quem foi o transportador. Logo, pode se concluir que nem a fiscalização, nem a Parecerista da ASTEC nas duas diligências realizadas tinha como apurar o valor do frete, visto que o estabelecimento autuado é o detentor desta informação e não foi apresentada mesmo tendo sido intimado por duas vezes;
- Z) O art. 56, III, “b” do RICMS/97 estabelece que a base de cálculo do ICMS, nas operações internas e interestaduais realizadas por estabelecimento industriais, é o preço FOB. Por sua vez, o “§ 1º estabelece que para aplicação do disposto nas alíneas “b” do inciso III deste artigo, adotar-se-à, sucessivamente: I - *o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente*”.

Portanto, pode se concluir que se o estabelecimento autuado não praticou operações a preço FOB no período mais recente da operação de remessa para armazenagem, de acordo com o disposto no §1º do art. 56 do RICMS/97, deve ser aplicado como parâmetro “*o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente*”, que na situação presente, foram às operações a preço CIF.

Deve ser levado em consideração na situação presente, que (i) a Decisão da primeira instância acatou o demonstrativo próprio elaborado pelo estabelecimento autuado; (ii) que as notas fiscais indicadas como parâmetro a preço CIF não indicam na maioria das vezes quem foi o transportador, ou mesmo quando indica, em ambas as situações o estabelecimento autuado foi intimado em diligências da primeira e segunda instância para indicar o valor do frete para que fosse deduzido da base de cálculo, mas não apresentou o que foi requisitado. Como o estabelecimento autuado é o detentor da informação quanto ao valor do frete pago ao transportador, e não foi indicado na nota fiscal que indicou preço CIF, tanto a fiscalização como a diligente ficaram impossibilitados de deduzir o valor do frete.

Por tudo que foi exposto, entendo que é correto o argumento recursivo de que o parâmetro para apurar a base de cálculo nas operações de remessa para armazenagem é o preço FOB, mas diante da impossibilidade de apurar este valor deve se considerar “*o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente*”, que em alguns casos na situação presente foi o preço CIF, mesmo porque o valor que foi acatado na Decisão proferida pela primeira instância foi o apurado pelo próprio estabelecimento autuado, que implicou na redução do débito original de R\$1.724.023,76 para R\$195.055,50.

Fica mantida a Decisão proferida pela 5ª JF, pela procedência em parte da infração 6.

No que se refere às infrações 3 (crédito indevido) e 4 (diferença de alíquota), julgadas procedentes pela 5ª JF, o recorrente argumentou que os produtos listados no Anexo C, se caracterizam como produtos intermediários, indicando que parte deles são utilizados:

- a) Na produção de água (desmineralizada, clarificada e potável) que é utilizado no processo produtivo e comercializado com outras empresas;
- b) Integram produtos no processo produtivo;
- c) São consumidos no processo produtivos.

Na fase de saneamento do processo, o sujeito passivo reconheceu e fez o pagamento do ICMS relativo ao produto moetilenoglicol utilizado como fluido de selagem das bombas (fl. 804). Portanto, não será apreciado o argumento relativo ao citado produto nestas infrações.

Com relação aos produtos sulfato de alumínio, cloro, nalclear, sal fino e carbonato de sódio, em atendimento a diligência determinada por esta 1ª CJF, o Parecerista da ASTEC em visita técnica ao estabelecimento confirmou que são utilizados na produção de água (Clarificada, Desmineralizada e Potável) e que parte destes produtos são comercializados pelo autuado.

Tomando como base o laudo técnico apresentado pela empresa, refez o demonstrativo original, admitindo o crédito fiscal da aquisição destes produtos, na proporção que são comercializados nos exercícios fiscalizados (2006 e 2007) e excluiu os valores correspondentes exigidos a título de diferença de alíquota, relativo aos mesmos produtos na infração 4.

Pelo exposto, com relação à proporção das águas comercializadas, aqueles produtos se caracterizam como produto intermediário, é assegurado o direito do crédito fiscal correspondente, visto que são mercadorias empregadas no tratamento de água coletadas, cujos produtos finais são comercializados pelo estabelecimento autuado, nos termos do art. 93 do RICMS/97. Fica mantida a exigência fiscal relativa à produção de águas que são utilizadas para consumo do estabelecimento ou utilizada de forma marginal ao processo produtivo, a exemplo de utilização no resfriamento da corrente de processo.

Com relação aos produtos tracerco, corante laranja, reagente analítico DA 2236 e dimetil formamida, conforme consta no relatório, o tracerco e o corante laranja são adicionados aos produtos finais (solventes e combustível), portanto integram o produto final, sendo assegurado o direito do crédito fiscal nos termos do disposto no §1º, “c” ao art. 93 do RICMS/97.

Da mesma forma, o reagente analítico DA-2326 é utilizado na retificação da gasolina de pirólise nas torres fracionadoras DA-1101 e DA-410, oriunda do craqueamento da nafta, para controlar a polimerização de monômeros insaturados na gasolina de pirólise, portanto consumido no processo produtivo e assegurado o direito ao crédito fiscal correspondente.

O produto gás dióxido de carbono é utilizado para neutralizar a soda gasta oxidada (A-4060 de Olefinas-2), com finalidade de adequar o parâmetro ph da corrente que integra o processo produtivo e o dimetil formamida é utilizado no processo produtivo de extração de butadieno (A350/2350), sendo adicionada para alterar a volatilidade dos contaminantes, ou seja, são consumidos no processo em contato direto com os produtos finais, e se caracteriza como produto intermediário, ficando assegurado o direito do crédito fiscal.

Com relação aos demais produtos objeto das infrações 3 e 4, a exemplo de Hipoclorito de Sódio, Algicida Cloreto Alq Amônia 6, Dispersante Sistema Resfr, Trasar 73202, Nalsperse 7308, Nalco 1336, Nalco 7330, Nalco 8338, Nalco N-7342 e Inibidor Corrosão Agua Resfr B, são utilizados para “*resfriar correntes intermediárias de processo*”, com finalidade de proteger os ativos, evitando corrosão, eliminando bactérias (bactericidas). Logo, não se caracterizam como produtos intermediários e sim como material de uso ou consumo do estabelecimento, sendo vedado o direito da utilização do crédito fiscal (infração 3) e cabível a exigência do ICMS da diferença de alíquota (infração 4) quando adquirido em outras unidades da Federação.

Da mesma forma, o produto cloreto PA 99%, é utilizado como reagente químico utilizado em laboratório para fins de controle de qualidade; o ar medicinal é utilizado para proteção das pessoas em ambientes confinados, e ainda, os agentes corrosivos são utilizados na limpeza química dos equipamentos. Estes produtos não são consumidos diretamente em contato com os produtos fabricados, nem integram os produtos finais, ficando vedado o direito de utilização do crédito fiscal correspondente nos termos do art. 93, §1º do RICMS/97.

Por tudo que foi exposto, acato o demonstrativo de débito elaborado pelo diligente da ASTEC/CONSEF acostado à fl. 827, com base nos demonstrativos analíticos de fls. 981/988 e reformo a Decisão que julgou procedente as infrações 3 e 4, para procedente em parte, reduzido o valor exigido na infração 3 de R\$1.839.468,12 para R\$513.184,86 e na infração 4 de R\$1.342.639,34 para R\$256.613,34.

Quanto à infração 5, a mesma exige estorno dos créditos fiscais de 2% do nitrogênio consumo e a 48% do ácido sulfúrico IB, que segundo a fiscalização foram adquiridos com indicação de insumo a ser utilizado na industrialização e foram destinados ao uso/consumo do estabelecimento.

Com relação a estes produtos o recorrente alega que foram utilizados:

NITROGÊNIO CONSUMO: 2% para expurgar hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos equipamentos para manutenção, promovendo limpeza química, extraindo resíduos presentes nos equipamentos e máquinas do parque fabril.

ACIDO SULFÚRICO IB: 48% utilizado no tratamento de efluentes, atendendo a normas ambientais efetuando a correção de PH dos efluentes da planta industrial, para preservação do meio ambiente, proteção do solo, dos Recursos hídricos, da saúde e segurança pública.

Argumenta que os produtos foram utilizados para cumprir normas ambientais em função do seu processo produtivo, e devem ser classificados como “produtos intermediários”.

Observe que conforme apreciado na Decisão ora recorrida, o estabelecimento autuado no momento que adquiriu o nitrogênio consumo e o ácido sulfúrico deu o tratamento de produtos intermediários, utilizando os créditos fiscais correspondentes.

Entretanto, a fiscalização constatou que 2% do nitrogênio adquirido foi utilizado na selagem de equipamentos (fls. 66/83), expurgando os resíduos dos produtos presentes nos equipamentos, ou seja, promovendo uma limpeza química, conforme atesta o laudo técnico (IT – Informe Técnico 004/2009) acostados ao PAF, fl. 343/345, descrevendo a função de alguns materiais utilizados. Logo, o nitrogênio neste caso não integra os produtos finais, nem é consumido em contato direto com as matérias primas utilizadas na fabricação dos produtos finais, conforme disposto no §1º, “c” do art. 93 do RICMS/97. Portanto, trata-se de material destinado a uso ou consumo do estabelecimento, cujo utilização do crédito fiscal é vedada, ao teor do art. 93, V do RICMS/97.

Já o ácido sulfúrico IB, 48%, é usado no tratamento de efluentes líquidos das unidades de olefinas I (UO1) e de tratamento de água (UTA), conforme consta do laudo, antes mencionado, com objetivo de cumprir às normas ambientais.

Da mesma forma que apreciado quanto ao produto nitrogênio consumo 2%, o ácido sulfúrico 48% não é consumido diretamente em contato com as matérias primas que resultam nos produtos finais, nem integram o produto final no processo de industrialização. Logo, trata-se de produto destinado a tratar os efluentes líquidos resultantes do processo, que para serem descartados na natureza, precisa ser corrigido para atender as normas ambientais.

Assim sendo, mesmo que os produtos sejam essenciais no processo produtivo do estabelecimento industrial que lida com produtos químicos, o consumo de 48% do ácido sulfúrico ocorre após o processo de industrialização com objetivo de proteger o meio ambiente.

Portanto, caracteriza-se como materiais destinados a uso e consumo, do estabelecimento, cuja previsão autorizativa do crédito fiscal é prevista a partir de 1º/01/2020, conforme art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96, alterada pela LC 138/10.

Pelo exposto, restou comprovado que os produtos ÁCIDO SULFÚRICO IB e o NITROGÊNIO CONSUMO, com os percentuais respectivos de 2% e 48%, como indicados no demonstrativo fiscal, são destinados ao consumo do estabelecimento autuado, restando caracterizada a utilização indevida do crédito, no valor de R\$358.288,41. Fica mantida a Decisão pela procedência da infração 5.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com redução do débito da infração 3, de R\$1.839.468,12 para R\$513.184,86 e da infração 4, de R\$1.342.639,34 para R\$256.613,34, conforme demonstrativo abaixo, recomendando a homologação dos valores já recolhidos.

INFRAÇÃO	Autuado	Julgado pela 5ª JF	Julgado pela 1ª CJF	RESULTADO
1	1.188.988,08	1.188.988,08	1.188.988,08	RECONHECIDA
2	47.960,34	47.960,34	47.960,34	RECONHECIDA
3	1.839.468,12	1.839.468,12	513.184,86	PROCEDENTE EM PARTE
4	1.342.639,34	1.342.639,34	256.613,34	PROCEDENTE EM PARTE
5	358.288,41	358.288,41	358.288,41	PROCEDENTE
6	1.724.023,76	195.055,50	195.055,50	PROCEDENTE PARTE
7	170.838,31	170.838,31	170.838,31	RECONHECIDA
TOTAL	6.672.206,36	5.143.238,10	2.730.928,84	

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao mérito das infrações 3, 4, 5 e 6).

Em que pese o brilhantismo do i. Relator, divirjo do seu posicionamento no tocante às infrações 3, 4 5 e 6.

Quanto à infração 6, acato as alegações trazidas pela empresa de que tal infração encontra-se viciada, vez que a tipificação da infração versa sobre FOB, mas na elaboração da infração foram consideradas notas fiscais de valor CIF.

Tal fato foi reconhecido pela diligência realizada pela ASTEC, fls. 655/656, que apontou: *que foi apresentada planilhas às fls. 719/725, na qual registrou na coluna frete o valor de algumas notas*

fiscais com cláusulas CIF, juntando cópia da nota fiscal (fls. 669/703).

Todavia, no Parecer emitido, a ASTEC entendeu que *a empresa recorrente não carrou ao processo qualquer outro elemento de comprovação de que arcou com as despesas do frete (CTRC, comprovante bancário, etc), motivo pelo qual não foi feito qualquer ajuste na infração 6.*

Ora, a própria nota fiscal é documento idôneo, capaz de atestar o alegado, sendo meio hábil ao Contribuinte para comprovar que houve equívoco na elaboração a infração, vez que foram consideradas notas fiscais com cláusulas CIF, sendo a infração referente a cláusula FOB, conforme preleciona o art. 56, III, “b” do RICMS/97.

Em relação à conclusão do relator de que: *que se o estabelecimento autuado não praticou operações a preço FOB no período mais recente da operação de remessa para armazenagem, de acordo com o disposto no §1º do art. 56 do RICMS/97, deve ser aplicado como parâmetro “o preço efetivamente cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente”, que na situação presente, foram às operações a preço CIF, divirjo também do seu posicionamento.*

Ao que me parece, tal aplicação subsidiária do §1º do art. 56 não seria possível, vez que as notas fiscais em apreço constam explicitamente a cláusula CIF, não abrindo espaço para a aplicação de tal dispositivo, que se refere tão somente à cláusula FOB.

Assim, aplicando-se o princípio basilar do direito, qual seja, o Princípio da Legalidade, entendo pela exclusão da base de cálculo do valor do frete nas operações CIF, devendo subsistir tão somente o que é devido ao Fisco, ou seja, as operações ocorridas na cláusula FOB.

Quanto às infrações 3 e 4, as quais tratam de crédito indevido e diferença de alíquotas, respectivamente, em relação aos mesmos produtos, ambas serão apreciadas nesta mesma oportunidade.

O Relator reconheceu devido o crédito dos produtos sulfato de alumínio, cloro, nalclear, sal fino e carbonato de sódio, em atendimento a diligência determinada por esta 1ª CJF, vez que o parecerista da ASTEC em visita técnica ao estabelecimento confirmou que são utilizados na produção de água (Clarificada, Desmineralizada e Potável) e que parte destes produtos são comercializados pelo autuado.

Todavia, manteve exigência fiscal relativa à produção de águas que são utilizadas para consumo do estabelecimento ou utilizada de forma marginal ao processo produtivo, a exemplo de utilização no resfriamento da corrente de processo.

Ocorre que, em que pese respeitar as razões aplicadas pelo n. Relator, defendo a aplicação do princípio da essencialidade em matéria de utilização de crédito. A produção de águas utilizadas no resfriamento da corrente do processo é essencial, indispensável para a realização do processo produtivo. Sem ela, não se chegaria à atividade-fim da empresa.

Assim, com base nesta linha, entendo pelo direito ao crédito dos produtos: Hipoclorito de Sódio, Algicida Cloreto Alq Amônia 6, Dispersante Sistema Resfr, Trasar 73202, Nalsperse 7308, Nalco 1336, Nalco 7330, Nalco 8338, Nalco N-7342 e Inibidor Corrosão Água Resfr B, que são utilizados para “resfriar correntes intermediárias de processo”, com finalidade de proteger os ativos, evitando corrosão, eliminando bactérias (bactericidas), por ser inconteste a sua essencialidade ao processo produtivo.

Tal entendimento se estende também para o produto cloreto PA 99%, que é utilizado como reagente químico utilizado em laboratório para fins de controle de qualidade; o ar medicinal é utilizado para proteção das pessoas em ambientes confinados, e ainda, os agentes corrosivos são utilizados na limpeza química dos equipamentos.

Assim, entendo pela improcedência das infrações 3 e 4, visto que a própria descrição dos produtos deixa claro o seu caráter essencial e indispensável na produção da atividade –fim da empresa recorrente.

A infração 5, exige estorno dos créditos fiscais de 2% do nitrogênio consumo e a 48% do ácido sulfúrico IB.

A recorrente explicou a utilização de tais substâncias em seu processo produtivo. Vejamos:

1. NITROGÊNIO CONSUMO: 2% para expurgar hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos equipamentos para manutenção, promovendo limpeza química, extraindo resíduos presentes nos equipamentos e máquinas do parque fabril.
2. ACIDO SULFÚRICO IB: 48% utilizado no tratamento de efluentes, atendendo a normas ambientais efetuando a correção de PH dos efluentes da planta industrial, para preservação do meio ambiente, proteção do solo, dos recursos hídricos, da saúde e segurança pública.

Apesar de reconhecer a essencialidade de tais produtos, o Relator entendeu pela manutenção da infração vez que tais materiais não se consomem no processo produtivo.

Ora, o direito ao crédito não está atrelado ao consumo do produto no seu processo produtivo, mas sim na sua essencialidade e indisponibilidade.

Percebe-se claramente pela descrição dos mesmos que sua utilização é de caráter obrigatório, indispensável, imperioso.

Deste modo, entendo também pela improcedência da infração 5.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0001/09-3, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.730.928,84**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os recolhidos já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao mérito das infrações 3, 4, 5 e 6) – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Paulo Danilo Reis Lopes e Mauricio Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao mérito das infrações 3, 4, 5 e 6) – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Valnei Sousa Freire e Edvaldo Almeida dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA – VOTO DIVERGENTE
(Quanto ao mérito das infrações 3, 4, 5 e 6)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS