

PROCESSO - A. I. Nº 271148.0006/16-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e OXITENO NORDESTE S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
RECORRIDOS - OXITENO NORDESTE S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão1ª JJF nº 0021-01/17
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/10/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0249-11/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Os dois produtos das razões recursais (UCON LUBRIANT 50 HB 5100 e BISSULFITO DE SÓDIO SOLUÇÃO) entram em contato direto com a matéria prima, no meio de uma linha de produção, no qual se consome com os demais insumos de produção, sendo imprescindível que tais produtos estejam colocados dentro de um contexto de função contínua no processo, e não de uso eventual, acessório e auxiliar da linha de produção. Infrações parcialmente subsistentes. Modificada a Decisão recorrida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Reduzida o valor da multa da decisão piso, conforme o reconhecimento e pagamento do contribuinte. Modificada a Decisão recorrida. 4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. a) FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO DAS MERCADORIAS NAS SAÍDAS INTERNAS PARA CONSERTO. Autuado elide parcialmente a autuação. Apresenta elementos comprobatórios de suas alegações que foram acertadamente acatadas pelo autuante. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 5. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. O autuado incorreu em equívoco ao destacar o ICMS nas Notas Fiscais referentes a operação de venda de mercadorias em consignação industrial, haja vista que já efetuara – corretamente – o destaque nas Notas Fiscais de remessa, conforme manda o artigo 335 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/2012. Entretanto, este equívoco incorrido pelo sujeito passivo – fato admitido na impugnação – não pode impor ao contribuinte o cumprimento de obrigação principal - exigência do imposto – conforme este item da autuação, já que o destaque do imposto fora indevido. Por certo que, incidiria em outro erro o autuado se tivesse lançado o débito atinente às referidas Notas Fiscais, pois indevido. O pagamento do imposto indevidamente

destacado pelo autuado, exigido neste item da autuação, implicaria em enriquecimento sem causa para o Estado da Bahia. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida quanto a este item. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria quanto às infrações 1 e 2, e, unânime, em relação à infração 4.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 1ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/06/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$2.234.422,00, em decorrência do cometimento das seguintes infrações a legislação do ICMS imputadas ao autuado:

- 1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$568.807,66, acrescido da multa de 60%. Consta se tratar de material utilizado para tratamento de água e efluentes;*
- 2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$296.847,21, acrescido da multa de 60%. Consta se tratar de diferença de alíquota referente às aquisições de material para tratamento de água e efluentes;*
- 3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens e serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, , sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$18.937,92, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias. Consta se tratar de Notas fiscais não lançadas na EFD- Escrituração Fiscal Digital;*
- 4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$447.173,84, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias. Consta se tratar de Notas Fiscais Eletrônicas não lançadas na Escrituração Fiscal Digital;*
- 5. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$411.057,96, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a Notas Fiscais de saídas internas para conserto sem o devido retorno;*
- 6. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, abril a julho, outubro a dezembro de 2013, fevereiro a abril, junho, julho, outubro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$477.729,84, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a Notas Fiscais de saída para fora do estado de remessa para conserto sem o devido retorno;*
- 7. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho de 2013, fevereiro, maio e outubro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$127,00, acrescido da multa de 60%. Consta se tratar de venda para não contribuinte;*
- 8. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de junho de 2013, junho de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.740,57, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a Notas Fiscais com destaque de imposto que não foram lançadas na apuração.*

Após instrução processual, a referida JJF entendeu pela Procedência Parcial nos seguintes termos:

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, entre as quais este reconheceu integralmente as infrações 3, 6 e 7, inclusive efetuando o pagamento mediante certificado de crédito, e reconheceu parcialmente as infrações 1, 2, 4, 5 e 8.

No que tange às infrações 3, 6 e 7, por certo que o reconhecimento e pagamento do valor do débito reconhecido, referente a estas infrações, confirmam o acerto da autuação, sendo, dessa forma, todas subsistentes, cabendo homologação do pagamento e, conseqüentemente, a extinção do crédito tributário.

Quanto às infrações 1, 2, 4, 5 e 8, a lide permanece relativamente à parte impugnada.

No que concerne às infrações 1 e 2, a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no caso material utilizado para tratamento de água e efluentes (infração 1) e deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (infração 2).

Os produtos arrolados nestas infrações que foram reconhecidos como devidos pelo autuado são os seguintes: Sucata Metálica; Resina Catiônica Rohm Hass Amberlyst 15 Wet/Puro); Água Potável, Equipamentos Industriais – Misc., (Produto/Mercadoria sem valor comercial, e Sílica Gel Branca para Leito de Torre de Secagem.

Já os produtos Hidróxido de Sódio, Hidróxido de Potássio 50% Escamas e Ácido Sulfúrico foram reconhecidos pelo autuante como indevida a exigência fiscal.

Verifica-se, portanto, que a lide se mantém quanto aos seguintes produtos: Ácido Acético Glacial; Óleo de Canola; Peróxido de Hidrogênio; Borohidreto de Sódio Grau PA; Carvão Ativado; Ucon Lubriant 50 e Bissulfito de Sódio.

O autuante mantém a exigência quantos a estes itens da autuação, afirmando, em síntese, que não se trata de insumo do processo produtivo, mas sim de material de uso/consumo utilizado para tratamento de água e efluentes.

O impugnante fundamenta a exclusão dos referidos itens da exigência fiscal, sustentando, em síntese, que se trata de insumos que participam do seu processo produtivo, conforme Fichas de Apropriação de Custo (FACc) e Boletim Técnico que apresenta.

É cediço que a legislação do ICMS admite clara e expressamente a utilização de crédito fiscal tratando-se de insumo utilizado no processo produtivo do contribuinte e, contrariamente, veda expressamente tal utilização tratando-se de material de uso e consumo.

Vale observar que, caso se trate de uso e consumo, além da glosa do crédito fiscal exige-se o ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no presente caso, conforme as infrações 1 e 2, respectivamente.

A análise das razões defensivas, contestações do autuante, demais elementos que compõem o presente processo e especialmente da jurisprudência deste CONSEF, permite concluir que assiste razão ao autuante quanto à manutenção da exigência também no que diz respeito aos itens Ácido Acético Glacial; Óleo de Canola; Peróxido de Hidrogênio; Borohidreto de Sódio Grau PA; Carvão Ativado; Ucon Lubriant 50 e Bissulfito de Sódio.

Isso porque, tratando-se de produtos utilizados no tratamento de água e efluentes, estes não participam diretamente do processo produtivo da empresa, assim como não são consumidos em razão desta participação, condição indispensável para que possam ser caracterizados como insumos do referido processo produtivo.

Cabe registrar que, especificamente quanto aos produtos abaixo mencionados, já existem decisões de ambas as Instâncias deste CONSEF no sentido de que descabe o crédito fiscal e é devido o ICMS referente à diferença de alíquotas, conforme Acórdãos identificados exemplificativamente:

- Ácido Acético Glacial e Carvão - Acórdão CJF Nº. 0111-11/12;
- Peróxido de Hidrogênio - Acórdão CJF Nº. 0094-11/02;
- Borohidreto de Sódio Grau PA - Acórdão CJF Nº. 0198-12/09;

No que tange aos produtos Óleo de Canola, Ucon Lubriant 50, Bissulfito de Sódio, acato o entendimento do autuante para manutenção da exigência, pois não participam diretamente do processo produtivo, assim como, não são consumidos em razão desta participação, conforme explanação que apresentou na Informação Fiscal..

Cumpra consignar que, por acatar o entendimento do autuante quanto a todos os itens mantidos, inclusive com relação à análise das Fichas de Apropriação de Custo (FAC) e Boletim Técnico colacionado aos autos pelo impugnante, indefiro o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.

Diante do exposto, a infração 1 é parcialmente subsistente no valor de R\$65.665,73, conforme demonstrativos

elaborados pelo autuante de fls. 568, 570, 571 e 573, e a infração 2 parcialmente subsistente no valor de R\$88.686,74, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante de fls. 569 e 572.

No tocante à infração 4, a análise das razões defensivas em confronto com as contestações do autuante permite concluir o seguinte:

- no que tange às Notas Fiscais nºs 223385, 2285252, 297331, 301021, 302561 e 302576, 1447, 1595 e 1759, assiste razão ao autuante, haja vista que, efetivamente, a escrituração se oficializa quando do envio pelo contribuinte à SEFAZ/BA do arquivo digital referente à EFD e não quando internamente inicia um procedimento de regularização da escrituração que não é levado ao conhecimento do Fisco. Desse modo, ficam mantidas estas notas fiscais na autuação;

- relativamente às Notas Fiscais nºs 128855 e 128856, que têm o valor de R\$1.274.899,31 e R\$3.764.443,79, respectivamente, sendo à multa imposta de 1% atinente a estas duas notas fiscais no valor total de R\$50.393,43, referente ao mês de agosto de 2014, não há como imputar ao autuado o cometimento da infração. Ocorreu que houve a recusa do recebimento das mercadorias, conforme esclarecido pelo impugnante, em face de preço incorreto dos produtos.

Por certo que o não recebimento – retorno – da mercadoria pelo destinatário, portanto, sem adentrar no seu estabelecimento, não o obriga a escriturar o documento fiscal que não recebeu. Conforme muito bem observado pelo impugnante, agiu em cumprimento ao disposto no artigo 450, § 1º, do RICMS/BA, i.e., fez uma observação no verso das notas fiscais em questão, indicando o motivo do seu não recebimento ou recusa, com a assinatura e carimbo do responsável pelo seu recebimento à época.

Assim sendo, descabe a exigência fiscal quanto às Notas Fiscais nºs 128855 e 128856, portanto, cabendo à exclusão do valor de R\$50.393,43, referente ao mês de agosto de 2014, passando o valor da multa neste mês para R\$10.753,72, considerando o demonstrativo de fls. 574 a 587, elaborado pelo autuante na Informação Fiscal.

Relativamente à Nota Fiscal nº 113.629, que têm o valor de R\$4.428.028,00, sendo à multa imposta de 1% atinente a esta nota fiscal no valor total de R\$44.280,28, referente ao mês de janeiro de 2014, há similitude com a situação anterior. Ou seja, a Braskem emitiu referida nota fiscal, porém, não deu saída a mercadoria, i.e., não realizou a operação. A solicitação de esclarecimentos por parte do autuado perante a Braskem, que, por sua vez, emitiu declaração, atestando que a nota fiscal não acobertou a saída de qualquer mercadoria e que, por não ter sido cancelada no prazo legal, seria emitida uma nota fiscal, anulando a anterior, dada a inocorrência da operação, neste caso, parece-me plausível, cabendo, desse modo a exclusão também da Nota Fiscal nº 113.629 da autuação. Vale observar que a Braskem emitiu a Nota Fiscal eletrônica nº 5394 (fl. 378) de retorno/entrada referente à Nota Fiscal Nota Fiscal nº 113.629.

Assim sendo, descabe a exigência quanto à Nota Fiscal nº 113.629, portanto, cabendo à exclusão do valor de R\$44.280,28, referente ao mês de janeiro de 2014, passando o valor da multa neste mês para R\$448,47, considerando os demonstrativos de fls. 574 a 587, elaborado pelo autuante na Informação Fiscal.

Diante do exposto, com a exclusão dos valores atinentes às Notas Fiscais nºs 128855, 128856 e 113.629, esta infração 4 é parcialmente subsistente, no exercício de 2014, no valor total de R\$52.870,65, e no exercício de 2013 no valor de R\$45.144,87, passando a multa imposta nesta infração 4 para o valor total de R\$98.015,52, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, acostados às fls. 574 a 587 dos autos.

No respeitante à infração 5, verifico que o autuante na Informação Fiscal acatou parcialmente as alegações defensivas, realizando as devidas correções, em face dos documentos apresentados pelo impugnante. Não acatou parte dos elementos apresentados por se referir a documentos sem vinculação com aqueles arrolados na autuação. Elaborou novos demonstrativos (fls. 599/600), no qual constam todas as notas fiscais que remanesceram na autuação, cuja cópia foi entregue ao autuado. Observou o autuante que, como o autuado pagou parte da infração, o valor restante deverá ser reduzido, a fim de contemplar o valor do débito reconhecido.

Vejo, também, que o autuado na sua Manifestação (fl.617) atinente à Informação Fiscal prestada pelo autuante, requereu que fosse considerada a redução da infração de R\$422.057,96 - na realidade, o valor originariamente apontado nesta infração foi de R\$411.057,96 - para R\$171.655,46, com base nos documentos apresentados na defesa, reduzindo, ainda, deste montante, o pagamento já realizado no valor originário de R\$168.637,95.

Verifica-se que, após os ajustes e correções efetuados pelo autuante em face das alegações defensivas, os cálculos foram refeitos, o que resultou na redução do valor originariamente apontado no Auto de Infração neste item da autuação de R\$422.057,96 para R\$171.655,46, conforme novos demonstrativos elaborados pelo autuante de fls.599/600, sendo que o impugnante apenas solicitou que, do valor remanescente de R\$171.655,46, fosse deduzido o pagamento que realizara no valor de R\$168.637,95

Apesar de acatar as exclusões dos valores efetuadas pelo autuante, constato que o valor efetivamente devido não é de R\$171.655,46, mas sim de R\$170.677,96.

Isso porque, no exercício de 2013, o demonstrativo elaborado pelo autuante acostado à fl. 599 dos autos, apresenta o total geral do ICMS apurado no valor de R\$83.178,96 que somado ao total geral atinente ao exercício de 2014 (fl. 600) no valor de R\$88.476,50, totaliza o valor de R\$171.655,46.

Ocorre que o valor correto do imposto referente ao exercício de 2013 é de R\$82.201,46, com base de cálculo de R\$483.538,00 e não o valor de R\$83.178,96 com base de cálculo no valor de R\$489.288,00, conforme consta no referido demonstrativo. O somatório das bases de cálculo mensais, bem como do ICMS referente a cada mês, totalizam R\$483.538,00 e R\$82.201,46, respectivamente, e não os valores apontados no referido demonstrativo.

Diante do exposto, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$170.677,96, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuando.

No que diz respeito à infração 8 – Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto -, observo que se refere apenas às Notas Fiscais nºs 105.754 e 105.755, emitidas pelo autuado, sendo referentes à comercialização de mercadorias em consignação industrial.

A explicação dada pelo impugnante é de que, por equívoco, efetuou o destaque do ICMS da operação também nas notas de venda, quando o destaque deveria ter sido efetuado apenas nas notas fiscais de remessa, nos termos do artigo 335 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/2012.

Alega que, como o ICMS destacado nas notas de venda é indevido e descabido, não gera a obrigação correspondente de escrituração, já realizada por ocasião da remessa das mercadorias, sendo a autuação improcedente.

Registrou o impugnante que o autuante considerou, na 1ª e na 2ª Informações Fiscais, que a empresa deveria ter solicitado ao destinatário a devolução do imposto através de nota fiscal, ou comprovar que o destinatário não utilizou os créditos fiscais referentes aos mencionados documentos fiscais.

Afirma que, neste sentido, apresentou declarações da empresa The Vaspar Corporation Ltda. em que atestam que o destinatário não se creditou do ICMS destacado indevidamente nas Notas Fiscais nºs 105755 e 105754.

Passo a examinar.

Certamente que incorreu em equívoco o autuado ao destacar o ICMS nas Notas Fiscais nºs 105.754 e 105.755, referentes a operação de venda de mercadorias em consignação industrial, haja vista que já efetuara – corretamente – o destaque nas Notas Fiscais de remessa, conforme manda o artigo 335 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/2012.

Entretanto, esse equívoco incorrido pelo sujeito passivo – fato admitido na impugnação – não pode impor ao contribuinte o cumprimento de obrigação principal - exigência do imposto – conforme este item da autuação, já que o destaque do imposto fora indevido. Por certo que, incidiria em outro erro o autuado se tivesse lançado o débito atinente às referidas Notas Fiscais, pois indevido.

Vale consignar que, uma suposta utilização do crédito fiscal indevidamente destacado no documento fiscal, pode ser apurada mediante uma auditoria específica junto ao destinatário, se for o caso, jamais exigir-se o pagamento do imposto indevidamente destacado pelo autuado, pois implicaria em enriquecimento sem causa para o Estado da Bahia.

Diante disso, a acusação fiscal de que o autuado recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto não se sustenta, sendo este item da autuação insubsistente.

Por derradeiro, no que concerne ao pedido formulado pelo impugnante para que todas as intimações e notificações sejam publicadas em nome de Clarice Bronislava Romeu Licciardi, inscrita na OAB/SP sob o nº 71.720, com endereço na Avenida Brigadeiro Luís Antônio, 1.343, 7º andar, São Paulo – SP, saliento que inexistência óbice para atendimento do pleito pelo órgão competente da repartição fazendária. Entretanto, consigno que o não atendimento não implica em nulidade, haja vista que a forma de intimação ao contribuinte se encontra prevista no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Com base nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Inconformado com parte da Decisão proferida, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação das questões não acatadas em primeira instância e a manutenção das

reduções ocorridas.

Inicialmente, informa que houve o pagamento integral das infrações 3, 6 e 7, e a liquidação parcial das infrações 1, 2, 4, 5 e 8, por meio de certificado de crédito de ICMS, conforme previsto no artigo 199, I, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012). Assim, apresenta suas razões recursais em relação às infrações 1, 2, 4, 5 e 8, únicas que remanescem em discussão.

As infrações 1 e 2 tratam de glosa do crédito de ICMS e exigência do DIFAL, no que entendeu o Fisco serem mercadorias destinadas a uso e consumo (aplicados no tratamento de água e efluentes).

Informa que foram reconhecidos pelo recorrente como devidos os valores correspondentes à aquisição de: Sucata Metálica, Resina Catiónica, Água Potável, Equipamentos Industriais, Produto/Mercadoria sem valor comercial e Sílica Gel, pagando-se, por meio de certificado de crédito de ICMS, as importâncias de R\$28.825,80 (infração 1) e R\$8.584,95 (Infração 2).

O Recorrente informa que comprovou documentalmente o estorno do crédito correspondente, no valor de R\$164.375,15, em relação a parte das aquisições de Ácido Sulfúrico 98% e Hidróxido de Sódio Rayon Solução 50%, que de fato teria sido utilizada no tratamento de água e efluentes, defendendo ser o remanescente em relação a estes produtos e os demais mantidos na autuação, insumos aplicados no seu processo produtivo.

Frisa que os únicos insumos constantes do Auto de Infração que tiveram uma parte destinada a tal tratamento foram o Ácido Sulfúrico e o Hidróxido de Sódio, os quais já tiveram o crédito correspondente devidamente estornado e comprovado já por ocasião da impugnação, tendo esse valor sido excluído do demonstrativo correspondente pelo próprio fiscal.

Assim, os produtos remanescentes são: Ácido Acético Glacial; Óleo de Canola; Peróxido de Hidrogênio; Borohidreto de Sódio Grau PA; Carvão Ativado; Ucon Luriant 50 e Bissulfito de Sódio.

Pontua que os acórdãos do CONSEF, mencionados no voto de primeiro grau, não indicam um posicionamento unânime, nem deveriam ser aplicados genericamente ao presente caso, em descon sideração às especificidades da atividade do recorrente, bem como que a negativa de realização de diligência prejudicou diretamente o direito à ampla defesa do recorrente de demonstrar a materialidade do seu direito, uma vez que o fiscal, parte da premissa equivocada de que todos os produtos são aplicados no tratamento de água e efluentes, sendo que, em muitos casos, alega não ter entendido a aplicabilidade dos materiais no processo industrial do recorrente.

Assim, o Recorrente traz uma análise, caso a caso, da aplicabilidade dos produtos remanescentes no processo produtivo da empresa, no intuito de comprovar que estes estão inseridos no contexto da atividade fim de industrialização da unidade autuada, ora como matérias-primas, ora como produtos intermediários, não se confundindo com agentes neutralizantes de água de refrigeração ou de corrente de efluentes.

Caso prevaleça alguma dúvida final, suscita a realização de diligência pela ASTEC para restar comprovada a alegação de que tais materiais são insumos indispensáveis para obtenção do produto final, responsáveis por manter a integridade da reação química na industrialização.

No pertinente à infração 4, a qual versa sobre falta de escrituração de notas fiscais de entrada de mercadorias não tributadas, foi mantida a autuação em relação as Notas Fiscais nºs 223385, 228252, 297331, 301021, 302561, 302576, 1447, 1595 e 1759, objeto do presente Recurso Voluntário, que teriam sido supostamente escriturados em período posterior à intimação do procedimento fiscalizatório, em 04/04/2016, e as Notas Fiscais nºs 6603 e 1920, pois teriam CNPJ diferente do remetente.

Defende o Recorrente que não foi considerado pelo autuante que o autuado vinha, desde o final de 2015, pouco a pouco, regularizando – por meio de escrituração extemporânea – diversas notas fiscais de entrada não tributadas, o que reflete a sua boa-fé para sanar tais irregularidades, desprovida de qualquer pretensão voltada a escriturar essas notas fiscais depois de intimada do

início da fiscalização.

Ao contrário, assevera que, quando analisado o SPED referente a março/2016, vê-se que, não obstante a entrega da obrigação tenha ocorrido dentro do prazo legal para tanto – 22/04/2016 – a “data de entrada” no SPED dessas notas, conforme tabela, é anterior a 04/04/2016. Ou seja, ainda que essa informação não tenha chegado, sistemicamente, ao conhecimento da Secretaria da Fazenda em data anterior, por meio da transmissão do arquivo digital, a obrigação de escrituração em si, tal como se daria se ocorrida nos livros físicos, já havia sido observada.

Deste modo, requer a exclusão das Notas Fiscais n^{os} 223385, 2285252, 297331, 301021, 302561 e 302576.

Quanto às Notas Fiscais n^{os} 1447, 1595 e 1759, afirma que houve um equívoco por parte do Fiscal e por parte dos Julgadores da Junta de Julgamento Fiscal, ao considerarem que teriam sido escrituradas na EFD de março/2016, tendo em vista que, conforme já demonstrado (docs. 03 e 04 da Primeira Manifestação à Informação Fiscal), foram comprovadamente escrituradas em abril e maio de 2014. Assim, da mesma forma, suscita que as referidas notas fiscais devem ser excluídas da autuação.

Eventualmente, caso os argumentos acima não sejam suficientes para ensejar a extinção do crédito tributário, requer o Recorrente que a infração seja reduzida ou relevada a penalidade com base na regra previsto no art. 42, § 7º, da Lei n° 7.014/96, já que não houve dolo, fraude ou simulação, bem como prejuízo material ao Erário.

Quanto a infração 5, que trata falta de recolhimento de ICMS em relação a remessa de materiais para conserto sem a comprovação do respectivo retorno, pugna o recorrente pela manutenção da Decisão a quo neste ponto, para considerar que, após as reduções fiscais e elaboração de novo demonstrativo fiscal, o débito remanescente da Infração 4 (leia-se 5) é de R\$170.677,96 (valor originário), do qual deve ainda ser abatido o pagamento efetuado pelo recorrente, no importe de R\$168.637,95 (valor originário), julgando-se totalmente improcedente o Recurso de Ofício.

No que tange a infração 8, a qual trata de recolhimento a menor de ICMS em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado, o recorrente concorda com a insubsistência da infração reconhecida na Decisão de 1ª Instância, visto que o recorrente cometeu um equívoco ao destacar o ICMS nas Notas Fiscais n^{os} 105.754 e 105.755, relativas à venda das mercadorias em consignação industrial, já que esses destaques já tinham sido feitos nas notas de remessa das mercadorias. E esse equívoco não pode resultar na imposição, à Recorrente, do pagamento do ICMS dessas operações claramente indevidas, o que resultaria em enriquecimento sem causa do Estado.

Assim, requer o Improvimento do Recurso de Ofício.

Por fim, requer a manutenção das reduções ocorridas ao longo da instrução processual e reconhecidas pela primeira instância, suscitando o não provimento do Recurso de Ofício e o acatamento das razões de Recurso Voluntário abordadas acima, entendendo pelo seu total provimento.

VOTO (Vencido quanto às infrações 1 e 2 – Recurso Voluntário)

Primeiramente, passemos à análise do Recurso de Ofício.

No pertinente às infrações 1 e 2, as quais versam sobre glosa de crédito e diferencial de alíquota em razão ter o Fisco considerado as mercadorias autuadas como de uso e consumo do estabelecimento industrial, agiu corretamente o autuante ao reconhecer os produtos Hidróxido de Sódio, Hidróxido de Potássio 50%, Hidróxido de Potássio em Escamas e Ácido Sulfúrico como sendo insumos de produção.

A Junta de Julgamento Fiscal confirmou tal entendimento, mantendo a infração em relação aos produtos: Ácido Acético Glacial; Óleo de Canola; Peróxido de Hidrogênio; Borohidreto de

Sódio Grau PA; Carvão Ativado; Ucon Luriant 50 e Bissulfito de Sódio, por não participarem do processo produtivo, não sendo consumidos em sua participação, entendimento com o qual não coaduno, e que será tratado mais adiante, em sede de Recurso Voluntário.

Ademais, o recorrente reconheceu como devidos os valores correspondentes à aquisição de Sucata Metálica, Resina Catiônica, Água Potável, Equipamentos Industriais, Produto/Mercadoria sem valor comercial e Sílica Gel.

Assim, remanesceu o valor total originário de R\$65.665,73 (infração 1), conforme demonstrativos às fls. 568, 570, 571 e 573 e de R\$88.686,74 (infração 2), conforme fls. 569 e 572.

A infração 4 trata de falta de escrituração de notas fiscais de entrada de mercadorias não tributadas, sendo que o recorrente procedeu com o pagamento parcial da infração no valor de R\$90.924,63, conforme DAE (fl. 181). Analisaremos as reduções ocorridas em relação às Notas Fiscais n^{os} 128855, 128856 e 113.629.

No pertinente as Notas Fiscais n^{os} 128855 e 128856, nos valores de R\$1.274.899,31 e R\$3.764.443,79, respectivamente, reconheceu o julgador de piso às alegações do recorrente de que estas tiveram o recebimento das mercadorias recusado, já que o valor dos produtos estava incorreto.

O Recorrente informou estar em conformidade com o disposto no artigo 450, § 1º, do RICMS/BA, vez que realizou a devida observação no verso das notas fiscais em questão, indicando o motivo do seu não recebimento ou recusa, com a assinatura e carimbo do responsável pelo seu recebimento à época.

Deste modo, agiu de forma acertada o Julgador de piso ao desconhecer a exigência fiscal quanto às Notas Fiscais n^{os} 128855 e 128856, cabendo a exclusão do valor de R\$50.393,43, referente ao mês de agosto de 2014, passando o valor da multa neste mês para R\$10.753,72, considerando o demonstrativo de fls. 574 a 587, elaborado pelo autuante na Informação Fiscal.

Mesmo entendimento deve ser aplicado à Nota Fiscal n^o 113.629, vez que o recorrente emitiu referida nota fiscal, porém, não deu saída a mercadoria, não tendo a operação se concretizado.

Informa o Julgador de piso que o recorrente *“emitiu declaração, atestando que a nota fiscal não acobertou a saída de qualquer mercadoria e que, por não ter sido cancelada no prazo legal, seria emitida uma nota fiscal, anulando a anterior, dada a inocorrência da operação, neste caso, parece-me plausível, cabendo, desse modo a exclusão também da Nota Fiscal n^o 113.629 da autuação. Vale observar que a Braskem emitiu a Nota Fiscal eletrônica n^o 5394 (fl. 378) de retorno/entrada referente à Nota Fiscal Nota Fiscal n^o 113.629.”*

Inconteste, desta forma, ser devida a redução da infração 4, com base no entendimento do Julgador de piso em relação a exclusão dos valores atinentes às Notas Fiscais n^{os} 128855, 128856 e 113.629, no exercício de 2014, no valor total de R\$52.870,65, e no exercício de 2013 no valor de R\$45.144,87, passando a multa imposta nesta infração para o valor total de R\$98.015,52.

Em relação à infração 5, a qual diz respeito a não recolhimento de ICMS correspondente a remessa de materiais para conserto sem a comprovação do retorno, o autuante reconheceu algumas devoluções apresentadas pelo recorrente em planilhas, em sede de informação fiscal.

Assim, após a comprovação de parte da infração, os cálculos foram refeitos, o que resultou na redução do valor originariamente apontado no Auto de Infração neste item da autuação de R\$422.057,96 para R\$171.655,46, conforme novos demonstrativos elaborados pelo autuante de fls.599/600, sendo que o impugnante apenas solicitou que, do valor remanescente de R\$171.655,46, fosse deduzido o pagamento que realizara no valor de R\$168.637,95.

Como bem observado pelo Julgador de piso, o valor efetivamente devido não é de R\$171.655,46, mas sim de R\$170.677,96. *“Isso porque, no exercício de 2013, o demonstrativo elaborado pelo autuante acostado à fl. 599 dos autos, apresenta o total geral do ICMS apurado no valor de R\$83.178,96 que somado ao total geral atinente ao exercício de 2014 (fl. 600) no valor de R\$88.476,50, totaliza o valor de R\$171.655,46”.*

Explica o julgador de piso que: *“o valor correto do imposto referente ao exercício de 2013 é de R\$82.201,46, com base de cálculo de R\$483.538,00 e não o valor de R\$83.178,96 com base de cálculo no valor de R\$489.288,00, conforme consta no referido demonstrativo. O somatório das bases de cálculo mensais, bem como do ICMS referente a cada mês, totalizam R\$483.538,00 e R\$82.201,46, respectivamente, e não os valores apontados no referido demonstrativo.”*.

Assim, correta a apuração realizada pelo Julgador de piso, que reduziu de forma justa a infração, subsistindo no valor de R\$170.677,96, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo Recorrente.

No que diz respeito à infração 8, que trata de recolhimento a menor de ICMS em decorrência do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado, já que haveria notas fiscais com destaque do imposto que não teriam sido lançadas na apuração, o Recorrente aponta que, por equívoco, destacou o ICMS nas Notas Fiscais nºs 105.754 e 105.755, referentes a operação de venda de mercadorias em consignação industrial, haja vista que já efetuara – corretamente – o destaque nas Notas Fiscais de remessa, conforme manda o artigo 335 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/2012.

Tal equívoco foi reconhecido pelo Julgador de piso, que entendeu ser insubsistente a autuação, vez que *“esse equívoco incorrido pelo sujeito passivo – fato admitido na impugnação – não pode impor ao contribuinte o cumprimento de obrigação principal - exigência do imposto – conforme este item da autuação, já que o destaque do imposto fora indevido. Por certo que, incidiria em outro erro o autuado se tivesse lançado o débito atinente às referidas Notas Fiscais, pois indevido.”*.

Quanto ao suposto uso indevido de crédito, afirmou tal fato pode ser apurado *“mediante uma auditoria específica junto ao destinatário, se for o caso, jamais exigir-se o pagamento do imposto indevidamente destacado pelo autuado, pois implicaria em enriquecimento sem causa para o Estado da Bahia.”*.

De maneira mais coerente não poderia ter agido o nobre julgador, visto que só se deve pagar o que é devido. E restou comprovado que a obrigação principal inexistia nesta infração. Ademais, o Recorrente apresentou declarações da empresa The Vaspar Corporation Ltda. em que atestam que o destinatário não se creditou do ICMS destacado indevidamente nas Notas Fiscais nºs 105755 e 105754.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Em sede de Recurso Voluntário, serão apreciadas as infrações 1, 2 e 4.

Em relação às infrações 1 e 2, ao contrário do entendimento esposado pelo Julgador de piso e pelo autuante, os quais defendem que para ensejar o crédito, os produtos tenham que participar do processo produtivo, sendo consumidos em sua participação, defendo a aplicação do Princípio da essencialidade.

No caso em apreço, foram mantidos na autuação os produtos: Ácido Acético Glacial; Óleo de Canola; Peróxido de Hidrogênio; Borohidreto de Sódio Grau PA; Carvão Ativado; Ucon Luriant 50 e Bissulfito de Sódio.

Conforme restou comprovado, inclusive com a anexação do Boletim Técnico de Engenharia e Processo (fls. 930 a 943), tais produtos são de extrema importância para a realização do processo produtivo da empresa, sendo indispensáveis para tal.

O conceito de insumo está diretamente ligado à essencialidade. Ou seja, quando um material é de suma importância para a produção da empresa, sendo sua falta ou ausência um limitador para se chegar ao material acabado, estamos diante de um insumo. A teoria de que o produto deve ser consumido no processo produtivo ou que deve ser integrado ao produto final, parece-me um tanto defasada.

Deste modo, aproveito o ensejo para reproduzir o posicionamento exarado pelo i. Conselheiro

Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, que com todo o seu brilhantismo, enfrentou a questão sob a ótica jurídica e embasada nos atuais posicionamentos do nosso Superior Tribunal de Justiça, com a qual coaduno meu entendimento. Vejamos:

“No referente às infrações 06 e 07, observo que o cerne da questão se limita a classificar as mercadorias adquiridas pelo recorrente em insumos ou bens destinados a uso e consumo, pois, a exigência do diferencial de alíquota prevista na legislação não é devida no caso das mercadorias adquiridas serem aplicadas como insumos das atividades do contribuinte (art. 3º, §1º, I, da Lei nº 7.014/96, art. 5º, I, e art. 7º, I, do RICMS/97), bem como é reconhecido o direito ao crédito do ICMS incidente na aquisição de insumos.

Neste ponto, discordo do entendimento do Ilustre Relator, porque entendo que a exigência de que os produtos sejam “consumidos ao final de cada processo produtivo” ou que “se integram ao produto final na condição de elementos indispensáveis à sua produção” para que sejam classificados como insumos, decorrem de uma interpretação da lei antiga e ultrapassada.

Frise-se que o Convenio 66/88 adotava um critério físico para fins de definição do que poderia ser considerado insumo ou não, para fins de creditamento de ICMS. Com base nesse diploma normativo, fazia sentido a exigência da prova de que o produto fosse consumido imediata e integralmente no processo produtivo ou compusesse o produto novo para ser caracterizado como insumo.

Com o advento da LC 87/96, o critério para definição dos insumos foi alterado, passando a ser reconhecido como insumo todo aquele produto relacionado à obtenção do objetivo final da empresa. Por este critério, é reconhecido o caráter de insumo para todos os bens destinados à consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento empresarial. É o que se conclui da leitura, a contrario sensu, do §1º do art. 20 da LC 87/96:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. (grifamos)

A mudança legislativa já é reconhecida pelo STJ, conforme se percebe dos seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. CREDITAMENTO. PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS UTILIZADOS NO PROCESSO PRODUTIVO. POSSIBILIDADE. ART. 20, § 1º, DA LC 87/96.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de que, na vigência do Convênio ICMS 66/88, o produto intermediário para fins de creditamento exigia prova de que ele foi consumido imediata e integralmente no processo produtivo ou compusesse o produto novo. Precedentes: AgRg no Ag 929.077/SP, Rel.

Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12/09/2008; REsp 850.362/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 02/03/2007.

2. A Lei Complementar 87/96, entretanto, ampliou as hipóteses de creditamento, condicionando o aproveitamento dos créditos relativos à aquisição de produtos intermediários apenas à comprovação de eles são utilizados para a consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento empresarial. Precedentes: REsp 1.090.156/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20/08/2010; REsp 1.175.166/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/03/2010; REsp 889.414/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14/05/2008.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 142263/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013) (grifamos)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - JULGAMENTO CITRA PETITA - NÃO-OCORRÊNCIA - ICMS - CREDITAMENTO - TRANSPORTE DE CARGAS - VEÍCULOS, PNEUS, LUBRIFICANTES ETC. - POSSIBILIDADE - PRODUÇÃO PROBATÓRIA - NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A ausência na apreciação de fundamento não configura julgamento citra petita.

3. A partir da vigência da LC 87/96, os produtos intermediários e insumos imprescindíveis à atividade

empresarial do contribuinte ensejam direito de crédito, em razão do princípio da não-cumulatividade.

4. *Hipótese em que o contribuinte dedica-se à prestação de serviços de transporte de cargas e pretende creditar-se do imposto recolhido na aquisição de veículos, peças de reposição, combustíveis, lubrificantes etc., que foram considerados pelo acórdão recorrido como material de consumo e bens do ativo fixo.*

5. *Necessidade de retorno dos autos à origem para verificação de quais insumos efetivamente integram e viabilizam o objeto social do recorrente.*

6. *Recurso especial provido.*

(REsp 1090156/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 20/08/2010)

TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTRIBUINTE PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. PEÇAS DE VEÍCULOS UTILIZADOS NA ATIVIDADE. INSUMOS. CREDITAMENTO. ART. 20 DA LC 87/1996.

1. *Hipótese em que a contribuinte pretende creditar-se do ICMS incidente sobre aquisição de mercadorias que classifica como insumos essenciais para a prestação do serviço, quais sejam peças para os veículos utilizados no transporte interestadual e intermunicipal. O Tribunal a quo reconheceu a possibilidade de creditamento apenas em relação a combustível, lubrificante, pneus, câmaras de ar e material de limpeza, por estarem previstos expressamente no art. 66, IV, do Regulamento do ICMS mineiro.*

2. *Antes da atual LC 87/1996, vigia o Convênio Interestadual ICMS 66/1988, que regulava nacionalmente o ICMS, com força de lei complementar federal. O art. 31, III, previa o creditamento relativo aos insumos desde que: a) fossem consumidos no processo industrial e b) integrassem o produto final na condição de elemento indispensável a sua composição.*

3. *Com base nessa legislação, o STJ firmou entendimento de que somente os insumos que atendessem a essas duas condições (consumidos no processo e integrantes do produto final) permitiriam o creditamento.*

4. ***Ocorre que a LC 87/1996 ampliou a possibilidade de creditamento, pois fez referência apenas à vinculação dos insumos à atividade do estabelecimento, mas não à necessidade de que eles integrem o produto final (art. 20, § 1º).***

5. *In casu, o Tribunal de origem consignou que a perícia realizada em primeira instância aferiu que "determinados bens sofrem desgaste total no processo ínsito ao objeto social da empresa contribuinte".*

Porém, é impossível afirmar ser isso incontroverso, como alega a contribuinte, já que o Tribunal de Justiça entendeu irrelevante para o deslinde da demanda, pois "tal fato por si só não altera a classificação legal dos bens e a limitação ao aproveitamento dos créditos pretendidos".

6. *Os autos devem retornar à origem para que o TJ-MG analise as provas e verifique se os insumos suscitados pela contribuinte são, efetivamente, aplicados e consumidos na atividade-fim da empresa. Em caso positivo, deverá reconhecer o direito ao creditamento, nos termos do art. 20 da LC 87/1996, ainda que esses bens não integrem o produto final (prestação do serviço de transporte).*

7. *Quanto ao pedido de correção monetária dos créditos, não há interesse recursal, pois o Tribunal a quo já reconheceu o pleito da empresa.*

8. *Recurso Especial parcialmente provido.*

(REsp 1175166/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 26/03/2010)

A doutrina também reconhece a alteração legislativa e a consequente mudança no entendimento do STJ:

Entretanto, no ano de 2010 e já sob o prisma da LC n. 87/96, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento sobre a matéria, ao analisar dois casos de transportadores que pleiteavam créditos sobre insumos diversos necessários à prestação do serviço (RESP 1090156/SC e RESP 1175166/MG). Estabelecendo um corte temporal a partir da publicação da LC n. 87/96, sustentou o STJ nesses dois arestos que a atual lei de normas gerais do ICMS assegura, em seu art. 20, o crédito sobre quaisquer insumos essenciais à atividade empresarial, independentemente do fato deles se integrarem ou não ao produto final. Desse modo, desde que os bens não sejam alheios à atividade do estabelecimento (hipótese em que o crédito é vedado, nos termos do §1º do art. 20 da Lei Kandir), o contribuinte fará jus ao credimento.

(MOREIRA, André Mendes. *A Não-Cumulatividade dos Tributos*. São Paulo. 2ª Ed. 2012. Noeses. PP. 368-369) (explicamos entre parênteses).

Destarte, conforme reconhecido, tanto pela Primeira como pela Segunda Turma do STJ, não há mais que se exigir, para fins de conceituação de materiais como insumos (produtos intermediários), que estes sejam "consumidos ao final de cada processo produtivo" ou que "se integram ao produto final na condição de elementos indispensáveis à sua produção".

No caso em análise, todas as mercadorias referentes às infrações 06 e 07, “AB3-Silica, óleo lubrificação, compressores LP-15, óleo de selagem agitadores LP-18, sílica gel branca 1 a 3mm, óleo sonneborn, hipoclorito de sódio, freon 22 compressor, produto multifuncional, inibidor corrosão Trasar 3DT, dispersante inorgânico Trasar e Nalco, biodispersante orgânico Nalperse, biocida não oxidante, polímero dispersante inorgânico, algicida Nalco, inibidor corrosão Nalco, ventosa windmoller, e esfera Rolam, junta vedação, tê, flange, cabo com conector, curva, perfil, bomba, etc., dos quais a “Sílica Gel Branca 1 a 3 MM”, “Óleo Lubrificante Compressores LP-15” e “AB3-Silica”, estão relacionadas com a atividade fim do recorrente e, portanto, devem ser reconhecidas como insumos.”

Deste modo, entendo pela Improcedência das infrações 1 e 2, entendo como devido o crédito referente a tais produtos, não havendo que se falar em DIFAL destes materiais.

Quanto à infração 4, remanesce em discussão as Notas Fiscais nºs 223385, 2285252, 297331, 301021, 302561 e 302576, as quais o autuante verificou que foram escrituradas em período posterior à intimação do procedimento fiscalizatório, em 04/04/2016.

Em que pese o esforço do recorrente, ao informar que desde o final de 2015, pouco a pouco, vinha regularizando – por meio de escrituração extemporânea – diversas notas fiscais de entrada não tributadas, incontestemente que a infração foi cometida.

Como bem pontuado pelo Julgador de piso, efetivamente, a escrituração se oficializa quando do envio pelo contribuinte à SEFAZ/BA do arquivo digital referente à EFD e não quando internamente inicia um procedimento de regularização da escrituração que não é levado ao conhecimento do Fisco.

Todavia, conforme tabela apresentada com as informações que comprovam, de fato, ter o recorrente se disponibilizado a regularizar a sua escrituração, vislumbro a boa-fé da empresa na tentativa de sanar as irregularidades, motivo pelo qual entendo pela aplicação do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, já que a infração foi praticada sem a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, bem como não trouxe prejuízo material ao Erário.

Deste modo, entendo pela redução da multa aplicada, conforme reconhecido pelo recorrente no valor de R\$90.924,63, de fl. 181, e extratos do SIGAT de fls. 695/700, no qual demonstra a efetividade do pagamento.

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, entendendo pela Improcedência das infrações 1 e 2, e redução da multa referente à infração 4, conforme o pagamento reconhecido pelo contribuinte, devendo ser homologados todos os valores pagos pelo Recorrente.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário - Infrações 1 e 2)

Com as devidas considerações ao excelente voto feito pela Conselheira Relatora, devo divergir de parte do seu voto, apenas no que diz respeito a uma parte das infrações 1 e 2. Conforme as explicações muito bem elaboradas em mesa, pelo engenheiro químico do recorrente, que expôs de forma brilhante a utilização dos produtos que remanescem na lide, não acolho entre os itens questionados no Recurso Voluntário, os produtos UCON LUBRIANT 50 HB 5100 e BISSULFITO DE SÓDIO SOLUÇÃO, pelas razões adiante expostas:

Ficou evidenciado pelas explicações dadas que os dois produtos supracitados, além de não se constituírem partes integrantes do produto final, o que descarta a possibilidade de serem compreendidas como matéria prima, sua utilidade como produto intermediário também fica descartada, dada a sua utilidade marginal no processo fabril. Isto porque ficou suficientemente claro que ambos os produtos sequer são utilizados continuamente no processo, mas em determinados momentos forma-se espuma dentro dos equipamentos, o que leva a uma perda de controle, e o UCON LUBRIANTE age no sentido de restaurar a situação pré-existente, mantendo as condições de continuidade da linha fabril.

O item BISSULFITO DE SÓDIO, é utilizado como agente de regeneração das resinas de remoção de aldeído, por meio das resinas de troca iônica. Quando ocorre saturação das resinas, o BISSULFITO

atua em sua regeneração, para que volte a remover aldeídos, o que demonstra haver notoriamente uma função esporádica ou descontínua, o que não implica para efeitos de classificação como PRODUTO INTERMEDIÁRIO, que entendo ser necessário não apenas algum modo de interferência no processo industrial, porque, via de regra, quase tudo em uma planta industrial concorre para a produção.

No entanto é certo que o conceito de PRODUTO INTERMEDIÁRIO não é abrangente, mas restrito aos itens que entrando em contato direto com a matéria prima, no meio de uma linha de produção, consome-se em contato com os demais insumos de produção, porém é imprescindível que tais produtos estejam colocados dentro de um contexto de função contínua no processo, e não de uso eventual, acessório e auxiliar da linha de produção, devendo ser mantidos portanto os créditos de R\$468,24 do UCON LUBRIANT, conforme fl. 573 e R\$2.462,31 do BISSULFITO DE SÓDIO, conforme atestado pelo autuante à fl. 573 do processo. Assim, excluídos os produtos acima, as infrações 1 e 2 permanecem com valor residual conforma demonstrativo abaixo:

MÊS/2013	VL. JULGADO INFRAÇÃO 1	VL. JULGADO INFRAÇÃO 2
janeiro	3.861,00	0,00
fevereiro	3.516,20	0,00
março	3.516,37	0,00
abril	4.049,05	0,40
maio	3.715,12	0,00
junho	3.866,23	1.628,44
julho	651,37	0,00
agosto	0,00	8.186,27
setembro	5.730,39	0,00
outubro	0,00	0,00
novembro	0,00	0,00
dezembro	0,00	0,00
TOTAL	28.905,73	9.815,11
MÊS/2014	VL. JULGADO INFRAÇÃO 1	VL. JULGADO INFRAÇÃO 2
janeiro	0,00	0,00
fevereiro	2.470,71	3.524,58
março	0,00	0,00
abril	0,00	0,40
maio	102,48	85,40
junho	0,00	0,00
julho	0,00	0,00
agosto	223,34	558,34
setembro	0,00	0,00
outubro	0,00	0,00
novembro	403,20	336,00
dezembro	244,90	612,25
TOTAL	3.444,63	5.116,97
TOTAL INFRAÇÕES 1 E 2	32.350,36	14.932,08

Quanto às demais questões suscitadas, nada tenho a acrescentar, tendo plena concordância com demais itens julgados. Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário. Assim, o montante do débito do Auto de Infração é o seguinte:

INF.	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA	RESULTADO
01	568.807,66	65.665,73	32.350,36	60%	PROV. PARCIAL/PROC. EM PARTE
02	296.847,21	88.868,74	14.932,08	60%	PROV. PARCIAL/PROC. EM PARTE
03	18.937,92	18.937,92	18.937,92	-----	RECONHECIDA
04	447.173,84	98.015,52	90.924,64	-----	PROV. PARCIAL/PROC. EM PARTE
05	411.057,96	170.677,96	170.677,96	60%	N.PROVIDO/PROC. EM PARTE
06	477.729,84	477.729,84	477.729,84	60%	RECONHECIDA
07	127,00	127,00	127,00	60%	RECONHECIDA
08	13.740,57	0,00	0,00	-----	N.PROVIDO/IMPROCEDENTE
Total	2.234.422,00	920.022,71	805.679,80		

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 em relação às infrações 1 e 2, e, por unanimidade, quanto à infração 4, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271148.0006/16-5**, lavrado contra **OXITENO NORDESTE S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$695.817,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$109.862,56**, previstas nos incisos IX e XI, reduzida a multa em obediência à Lei nº 13.461/15 c/c art. 106, II, “c”, da Lei nº 5.172/66 do CTN, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os pagamentos efetuados.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário – Infrações 1 e 2) - Conselheiros: Ildemar José Landin, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário – Infrações 1 e 2) - Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, João Roberto Sena da Paixão e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Infrações 1 e 2 – Recurso Voluntário)

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR
(Recurso Voluntário – Infrações 1 e 2)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS