

PROCESSO - A. I. Nº 269139.0001/09-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S.A.
RECORRIDOS - BRASKEM S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0049-04/11
ORIGEM - SATEC/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0338-11/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO EXIBIÇÃO, À FISCALIZAÇÃO, OS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. CRÉDITO FISCAL. Na defesa, a impugnante apresentou documento probatório que elidiu o lançamento, no que foi acatado parcialmente pelos autuantes. No entanto, a empresa efetivamente comprovou que o valor residual exigido não procede, pois o crédito fiscal foi estornado no mesmo mês, o que caracteriza mesmo a improcedência. Infração 1 elidida. Decisão recorrida mantida. 2. IMPORTAÇÃO. “DRAWBACK”. NÃO ATENDIDAS AS CONDIÇÕES PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. O sujeito passivo colacionou documentos acatados pelos autuantes extraídos do sítio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que informa a “baixa” dos Atos Concessórios. Juntou-se, também, comprovantes de exportação relativos aos sobreditos Atos Concessórios. Documentos apresentados pelo contribuinte comprovam a improcedência do lançamento sendo mantida a decisão *a quo*. Infração 7 improcedente. Decisão recorrida de ofício mantida. 3. CRÉDITO FISCAL INDEVIDO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Efetuadas as diligências no que diz respeito ao GLP, este item foi excluído dos demonstrativos. Também foram excluídos o tracterco e corante, conforme pedido de diligência. Quanto às Notas Fiscais nºs 1.097 e 32.543 a recorrente provou ter direito aos créditos, pois a primeira refere-se à aquisição de nafta e a segunda refere-se à operação de devolução do álcool metanol cuja saída se deu devidamente tributada conforme documentos fls. 2.351 e 2.381/388, e assim este item foi ajustado com a exclusão das notas fiscais. Em relação às embalagens, evidentemente, se estas não acompanham os produtos para entrega ao cliente, não podem fazer jus ao crédito, visto ser elemento de descarte junto a resíduos, que não tem qualquer valor tributário. Quanto aos itens ÁCIDO SULFURICO, SULFATO DE ALUMINIO, CLORO, NALCLEAR, CARBONATO DE SÓDIO, foi utilizado os mesmos percentuais no índice apurado para o exercício de 2008 e 2009 nos termos do Parecer ASTEC Nº 0071/2012 conforme fls. 2.344 e considerados pela diligência naquela ocasião e que em 2008 foi comercializado 39% da água produzida, modificando-se parte da Decisão recorrida de ofício e acatando-se parte do Recurso

Voluntário. Infração 10 procedente em parte. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE USO E CONSUMO ADQUIRIDO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. A infração 11 decorre da infração 10. Modificada parte da Decisão recorrida de ofício e acatado parcialmente o Recurso Voluntário. Infração 11 parcialmente procedente. Negada a preliminar de decadência. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos contra a Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em (Acórdão de fls. 1611/1626) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 09/11/2009, sendo efetuado lançamento de ICMS no valor histórico de R\$55.522.905,47 em decorrência da constatação de 13 infrações à legislação deste imposto, a seguir relacionadas, sendo o Recurso de Ofício decorrente da Improcedência das infrações 1 e 7 e da Procedência Parcial das infrações 8, 9, 10 e 11 e o Recurso Voluntário decorrente destas últimas infrações julgadas Parcialmente Procedentes:

1) Utilização indevida de crédito fiscal, sem a apresentação do respectivo documento comprovante do direito ao mesmo. Refere-se ao imposto incidente na importação lançado no Livro Registro de Entradas (LRE), conforme levantamento de fls. 77 a 79. Valor exigido de R\$ 26.541.443,16 e multa de 60%, prevista no art. 42, II “a” da Lei nº 7.014/96.

7) Falta de recolhimento do imposto devido na importação de mercadorias com “isenção sob o Regime de Drawback na modalidade suspensão”. Consta que o sujeito passivo exportou produtos em quantidade inferior ao compromisso assumido no Ato Concessório. Demonstrativos e documentos às fls. 104 a 118. Valor exigido de R\$ 769.950,32 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

8) Entradas de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Foram colacionados aos autos ofícios enviados aos fornecedores do autuado (doc. 14 do Auto de Infração). Demonstrativos às fls. 119 a 162. Multa de 10%, no valor de R\$ 6.182.984,82, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

9) Entradas de mercadorias não sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Juntados aos autos ofícios enviados aos fornecedores do contribuinte (doc. 14 do Auto de Infração). Demonstrativos às fls. 119 a 166. Multa de 1%, no valor de R\$ 909.533,95, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.

10) Utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de material destinado ao uso e consumo do estabelecimento. Demonstrativos e documentos às fls. 167 a 237. Valor exigido de R\$ 20.041.023,13 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

11) Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas destinadas ao consumo do estabelecimento. Demonstrativos e documentos às fls. 167 a 237. Valor exigido de R\$ 1.930.989,57 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Após a apresentação da defesa, da informação fiscal, e da manifestação da autuada, e da execução de diligência, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 4ª JJF que julgou o auto Procedente em Parte por unanimidade, o que fez nos seguintes termos, em resumo:

VOTO

Em rebate às acusações registradas nas infrações 08 e 09, o autuado afirmou que a ausência dos procedimentos adequados acaba por macular inteiramente a autuação, porquanto fundada em elementos insuficientes para a constatação do cometimento das infrações que se pretende imputar.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas, na conversão do processo em diligência e respectivas manifestações.

Portanto, no que tange às mencionadas infrações, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada direta ou indiretamente pelo impugnante. Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA,

apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

A alegada inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 3.956/1981 (COTEB) não pode ser apreciada por este órgão administrativo de julgamento, tendo-se em vista o comando do art. 167, I do RPAF/99. Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência. As infrações 02, 03, 04, 05, 06, 12 e 13 não foram impugnadas, consequentemente, ficam mantidas.

O pleito de diligência com revisão fiscal foi atendido e não restam obscuridades ou dúvidas que explicitem a necessidade de outros esclarecimentos técnicos, encontrando-se o PAF, a esta altura do procedimento, devidamente instruído para julgamento.

No tocante ao pedido de cancelamento das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias estabelecidas nas infrações 08 e 09, é impossível asseverar, de forma inequívoca, que se fazem presentes os requisitos do art. 158 do RPAF/99, quais sejam, a inexistência de dolo, fraude ou simulação, bem como o fato de os ilícitos não terem implicado em falta de recolhimento do tributo. Principalmente tendo ocorrido omissão de entradas, em função de que o RICMS/BA presume a omissão de saídas, motivo pelo qual não acolho o pleito.

Os autuantes acataram a impugnação concernente à infração 01 (utilização indevida de crédito fiscal, sem a apresentação do respectivo documento comprovante do direito ao mesmo, referente ao imposto incidente na importação), com exceção da nota de número 4.172, no valor de R\$ 5.675.303,39, que, segundo as autoridades fiscais, não teve a documentação relativa às deduções do Programa Bahiaplast apresentada em conjunto com a peça de defesa.

Afirmam os auditores que o fiscalizado tem o dever de informar e disponibilizar documentos para que possam exercer com segurança as suas funções. Nos seus dizeres, “o valor do incentivo Bahiaplast, comparando-se o ICMS da nota fiscal 4.172 e o ICMS recolhido é de R\$ 5.675.303,39 (fl. 1.113), que é o valor remanescente da infração 01”.

A importação de mercadorias documentada na indigitada nota fiscal (fl. 1.103) gerou ICMS de R\$ 9.099.511,22, conforme demonstrativos de fls. 78 e 1.103. A nota fiscal número 4.172 (fl. 1.103) foi emitida em 13/10/2005, com destaque do ICMS incidente na operação de importação respectiva, no valor de R\$ 9.099.511,22, e escriturada no livro Registro de Entradas com o crédito fiscal a ela correspondente, em 18/10/2005 (fl. 1.112). Após o registro do crédito do imposto, no valor de R\$ 9.099.511,22, houve a escrituração do estorno total no LRAICMS – 2005, no mesmo período em que foi escriturada a nota fiscal de entrada (outubro/2005, fl. 1.087).

Houve uma inversão no que se refere à capitulação do ilícito tributário relativo à infração 01, que primeiramente foi definida como utilização indevida de crédito e, na manifestação fiscal, foi modificada para pagamento a menor do ICMS, com o valor devido de R\$ 5.675.303,39, visto que os autuantes identificaram pagamento através de documento de arrecadação estadual na quantia de R\$ 3.424.207,83. Tal fato enseja a nulidade do procedimento.

Por vislumbrar a improcedência, permito-me avançar no mérito. A empresa comprovou no processo que o valor exigido foi estornado no mesmo mês, o que caracteriza a improcedência da infração 01.

No mérito, quanto à infração 07 (falta de recolhimento do imposto devido na importação de mercadorias com “isenção sob o Regime de Drawback na modalidade suspensão”), entenderam inicialmente os autuantes que o autuado não comprovou as exportações e que a regularidade junto ao SISCOMEX não impede o Fisco estadual de ter acesso aos documentos que comprovem a exportação das mercadorias importadas com o benefício do Drawback. As autoridades fiscais tomaram por base para o lançamento os documentos de fls. 105 a 118.

Entretanto, às fls. 1.144 e 1.145, o sujeito passivo colacionou documentos – acatados pelas autoridades fiscais após a solicitação de diligência - extraídos do sítio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que informa a “baixa” dos Atos Concessórios 2005/006250-6 e 2005/000570-7. Juntou, também, comprovantes de exportação relativos aos sobreditos Atos Concessórios, às fls. 1.477, 1.478 e 1.487 a 1.490.

Assiste razão ao autuante e ao autuado, pois, os documentos apresentados pelo contribuinte (em especial os de fls. 1.144 e 1.145) mostram-se suficientes para afastar a acusação fiscal em comento.

Infração 07 descaracterizada.

No que tange às infrações 08 e 09 (entradas de mercadorias – sujeitas e não sujeitas à tributação - sem o devido registro na escrita fiscal), os autuantes, antes da diligência, procederam às alterações no levantamento, de acordo com as informações prestadas pelo contribuinte em sua defesa, considerando as notas fiscais lançadas

no LRE e no resumo de fl. 1.171. Excluíram, também, na alteração, os documentos relativos a outros estabelecimentos e os referentes a prestações de serviços não tributados pelo ICMS. Igualmente, retiraram as notas fiscais 88.069 e 32.346, cujas aquisições não se consumaram, conforme aduziu o impugnante.

Acato o levantamento de fl. 1.325, elaborado pelos autuantes, de modo que a infração 08 reste diminuída, de R\$ 6.182.984,82 para R\$ 1.374.704,55; assim como a de número 09, de R\$ 909.533,95 para R\$ 860.796,42.

Infrações 08 e 09 parcialmente elididas.

Relativamente às infrações 10 e 11 (utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de material destinado ao uso e consumo; e falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas), os autuantes inicialmente acataram as razões defensivas concernentes aos produtos ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro, nalclear 8170 e sulfato de alumínio (segundo parágrafo da fl. 1.321), por se mostrarem, no entender dos auditores, indispensáveis ao processo industrial, entrarem em contato com os produtos finais e neles se agregarem ou se consumirem de imediato.

No tocante aos produtos classificados como genéricos no ano de 2004 foi acatada a defesa, exceto para as notas fiscais cujas cópias não foram colacionadas antes da informação fiscal, discriminadas à fl. 1.322. O autuado, até a juntada da informação, não anexou documentos relativos ao exercício de 2005, concernentes aos assim chamados “produtos genéricos”.

Entretanto, às fls. 1.494 a 1.501, o contribuinte colacionou cópias das notas fiscais de 2004, que serviram de base para manter parte da autuação neste exercício, em razão de não estarem presentes nos autos quando da informação fiscal (fl. 1.322).

No que se refere aos documentos fiscais concernentes ao exercício de 2005, ressaltou que os mesmos, tal como em relação ao ano de 2004, referem-se às aquisições dos produtos designados na fl. 1.467, detalhados à fl. 1.502, cujas cópias apresentou às fls. 1.503 a 1.518, posteriormente à informação fiscal.

Após a solicitação de diligência, os autuantes, transcrevendo o art. 93, I, “b” e seu § 1º, RICMS/97 (fl. 1.529), relativamente às infrações 10 e 11 e aos produtos monoetilenoglicol, nitrogênio consumo, tracerco, corante, GLP, spectrus, flogard, dianodic, continuum e hipoclorito de sódio, argumentam que os mesmos deveriam se enquadrar nesses dispositivos regulamentares para que ensejassem direito a crédito (estarem vinculados ao processo produtivo, serem consumidos no mesmo ou integrados ao produto final na condição de elemento indispensável ou necessário e, por fim, serem as operações subseqüentes tributadas).

Assiste razão aos auditores fiscais autuantes, pois os referidos materiais não preenchem os requisitos da legislação. Conforme laudo técnico anexado pelo impugnante, o monoetilenoglicol é usado como fluido de selagem de bombas (fl. 1.530) e é um contaminante do produto acabado que precisa ser removido; o nitrogênio consumo é um gás inerte utilizado para purga de hidrocarbonetos e para aquecer ou selar equipamentos em diversas fases do processo produtivo, com o fim de evitar a entrada de oxigênio (fl. 1.531); o tracerco é adicionado aos produtos destinados à venda, após a conclusão da industrialização, (fls. 1.531/1.532); os itens dianodic, flogard, hipoclorito de sódio, inibidor e spectrus são usados nos sistemas de resfriamento de água para evitar corrosão; o GLP funciona na queima de gases nocivos, no “flare”; e os produtos EC-3013A, Kurizet L112 Sol. Nitr. Sódio 33, mizuclear e continuum AEC 3105 servem para limpeza química dos equipamentos nas paradas de produção.

Quanto aos itens DISPERSANTE SISTEMA RESFRIAMENTO e TRASAR 73202 (fls. 1.492 a 1.493), o primeiro funciona como dispersante no tratamento da água das torres de resfriamento, enquanto o segundo é dispersante inorgânico, também utilizado no tratamento da água de resfriamento, portanto à margem dos requisitos estabelecidos no art. 93, I, “b”, § 1º, RICMS/97.

No terceiro tópico da fl. 1.321, os autuantes concluíram que os insumos utilizados no sistema de água de resfriamento, para efeito de evitar corrosão nos equipamentos, não ensejam crédito fiscal de ICMS. De fato, nos termos do Laudo Técnico de fls. 1.492 e 1.493, o sistema de resfriamento de água tem a função de gerar menores temperaturas para as correntes intermediárias do processo, deixando-as, desse modo, em condições de serem processadas até a sua transformação em produto final. O método consiste em transferência de calor de um fluido mais quente (corrente de processo) para outro mais frio (água de resfriamento) por intermédio do contato entre ambos. A água que resfria as correntes – ao se aquecer – permite que os seus sais se tornem insolúveis e, junto com microorganismos, se depositem nas paredes dos trocadores de calor, o que pode danificá-los através da corrosão e ocasionar a parada da planta. Para evitar isso é que são usados os produtos DISPERSANTE SISTEMA RESFRIAMENTO e TRASAR 73202. Portanto, tais materiais, apesar de importantes, desempenham um papel secundário na industrialização, não sendo possível afirmar que se caracterizam como matérias-primas, produtos intermediários, essenciais, ou integrados ao produto final na condição de indispensáveis. O combate ao depósito de sais e microorganismos, bem como à corrosão, pode ser levado a efeito por outros meios que não sejam o uso de DISPERSANTE SISTEMA RESFRIAMENTO e TRASAR 73202. Concluo que não fazem parte do processo de produção, por serem inseridos em uma corrente secundária (água de resfriamento), que não é parte da industrialização propriamente dita, com a função tão somente de prevenir

danos aos equipamentos da planta.

O corante laranja, utilizado para dar coloração à gasolina já produzida, é utilizado exatamente com o intuito de diferenciar esse combustível de outros, na fase pós-produção, pelo que também não se enquadra na norma do art. 93, I, “b”, § 1º, RICMS/97. O contribuinte identificou a nomenclatura dos produtos que constaram do arquivo SINTEGRA com a descrição de “PRODUTOS GENÉRICOS”. Em 2004 foi excluído – nas duas infrações – o imposto relativo às notas fiscais 228.276 e 487.853 (cuja descrição e fotocópia não se fez presente, fl. 1.533), com exceção daquele referente à NF 599. Idêntica exclusão foi efetuada – para o exercício de 2005 – no que se refere aos produtos etileno e água subterrânea (fl. 1.534). Assim, a infração 10 foi modificada de R\$ 20.041.023,13 para R\$ 16.960.236,88, e a 11 de R\$ 1.930.989,57 para R\$ 1.711.930,10 (levantamentos de fl. 1.537).

Acato os levantamentos de fl. 1.537, elaborados pelos autuantes, de maneira que a infração 10 fique reduzida de R\$ 20.041.023,13 para R\$ 16.960.236,88, e a 11 de R\$ 1.930.989,57 para R\$ 1.711.930,10. Infrações 10 e 11 parcialmente elididas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 21.054.648,53.

Em resumo, a 4ª JF não apreciou as infrações 2, 3, 4, 5, 6, 12 e 13 porque não foram impugnadas, e no julgamento de mérito, quanto à infração 1, por utilização indevida de crédito fiscal sem o competente apresentação documento comprobatório, supostamente decorrentes de importação, conforme demonstrativo DOC 1, cujo valor histórico é de R\$26.541.443,16, a 4ª Junta já obteve na própria informação fiscal, o acatamento de parte da Improcedência da infração 1, exceto quanto à Nota Fiscal nº 4.172, no valor de R\$5.675.303,39.

O julgamento de piso, após avaliar a citada nota fiscal (fl. 1.103) reparou que houve por parte dos autuantes, uma alteração da capitulação da primeira infração, inicialmente lançada por crédito indevido, e depois na informação fiscal, por pagamento a menos do ICMS, o que já ensejaria uma nulidade, mas adentrando o mérito, constataram que a empresa comprovou que o valor foi estornado no mesmo mês e a infração 1 foi julgada Improcedente.

Já a infração 7, por falta de recolhimento na importação por efeitos do regime de drawback, o julgamento *a quo* considerou que restou descaracterizada por conta dos documentos colacionados pelo impugnante às fls. 1.144/45, e que foram inclusive acatados pelos autuantes após a diligência, assim como houve a comprovação de exportação e atos concessórios fl. 1.477/90, no que também resultou improcedente.

Quanto às infrações 8 e 9, por falta de registro de mercadorias não tributadas e tributadas, a Junta considerou parcialmente elididas, por conta dos autuantes terem reconhecido e efetuado correções após análise às fls. 1.171 e 1.325, reduzindo as infrações 8 e 9 para R\$1.374.704,55 e R\$860.796,42.

Nas infrações 10 e 11, lançadas por crédito indevido referente a materiais de consumo e o respectivo lançamento por diferença de alíquota, os autuantes acataram as razões de defesa quanto ao ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro, nalclear 8170 e sulfato de alumínio (segundo parágrafo da fl. 1.321), por se mostrarem, no entender dos auditores, indispensáveis ao processo industrial, ao entrarem em contato com os produtos finais e neles se agregarem ou se consumirem de imediato.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 124/147), aduzindo que, conforme demonstrado na impugnação outrora apresentada, não merece prosperar a autuação nos termos em que apresentada, pelo que a mesma deveria ser revisada, conforme argumentos a seguir dissecados, em face do exposto, com a manutenção parcial das Infrações 8, 9, 10 e 11 do Auto de Infração em debate, a Recorrente pede a essa Egrégia Câmara de Julgamento Fiscal, para ver reformada a Decisão recorrida, com base nas razões de direito a seguir aduzidas.

Inicialmente justifica que o Fisco estadual não poderia mais constituir os créditos relativos aos meses de janeiro a novembro de 2004. Que conforme fartamente elucidado no bojo dos presentes autos, através das Infrações 08, 09, 10 e 11 do Auto de Infração em testilha, pretende a fiscalização exigir o recolhimento do ICMS supostamente devido em relação a fatos geradores ocorridos entre

01/01/2004 a 31/12/2005.

Alega que no caso em tela, verifica-se que na data em que foi efetuado o lançamento (11/12/2009 – data da ciência do contribuinte, ora Recorrente), já havia transcorrido mais de 05 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS relativo às competências de janeiro a novembro de 2004, tido como devido pela fiscalização; sendo certo que o transcurso do referido prazo implica na homologação tácita dos procedimentos adotados pelo contribuinte, e pelas razões já expostas na defesa, pede a decadência.

Em face do exposto, e irresignada com a manutenção parcial das Infrações 8, 9, 10 e 11 do Auto de Infração em debate, não resta alternativa à Recorrente senão se socorrer dessa Egrégia Câmara de Julgamento Fiscal, para ver reformada a Decisão recorrida, com base nas razões de direito a seguir aduzidas.

Quanto aos itens 8 e 9 do auto, diz que as supostas infrações foram perpetradas em decorrência do descumprimento da legislação do ICMS, especificamente no que tange à obrigatoriedade de registrar, no livro de Registro de Entradas, o ingresso das mercadorias apontadas nas notas fiscais indicadas no Anexo “DOC 05 – Demonstrativo das notas fiscais de entradas não registradas pela Braskem no livro Registro de Entrada” da peça acusatória; o que acabou culminando na aplicação das multas capituladas nos incisos IX, (correspondente a 10% do valor comercial da mercadoria, no caso de operações tributáveis), e XI (correspondente a 1% do valor da mercadoria, no caso de operações não tributáveis), do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Que com relação às inconsistências identificadas pela Recorrente no levantamento realizado pela fiscalização – referente às notas fiscais (i) escrituradas no LRE do estabelecimento autuado, (ii) escrituradas no LRE de outros estabelecimentos e (iii) de prestação de serviços não tributados pelo ICMS – os próprios Fiscais autuantes reconheceram a higidez dos argumentos e provas trazidas aos autos, tendo elaborado novos demonstrativo, reduzindo substancialmente o valor originariamente lançado.

Que dando continuidade ao trabalho de crítica do demonstrativo elaborado pelos prepostos fiscais e convalidado pela d. 4ª JF, a Recorrente constatou, mais uma vez, que inúmeras notas fiscais remanescentes objeto da autuação consubstanciam operações de prestação de serviços não tributados pelo ICMS, mas sim pelo Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

Neste compasso, sendo certo que os serviços que ampararam as notas fiscais (doc. 08) listadas na planilha elaborada pela Recorrente (doc. 07) estão fora do âmbito de incidência do ICMS e são tributados apenas pelo ISSQN, é certo também que estas notas fiscais não necessitam ser escrituradas no Livro Registro de Entradas e, portanto, é improcedente a autuação fiscal no que tange à exigência de multa em razão da não escrituração das mencionadas notas.

Sustenta que se levando as inconsistências suprapontadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização e acatado pelo órgão julgador *a quo*, restam totalmente insubsistentes as infrações 8 e do vergastado Auto de Infração, as quais devem ser afastadas por essa insigne Câmara de Julgamento.

No que tange aos itens 10 e 11 do Auto de Infração em voga, a Recorrente, combateu ambos simultaneamente, tendo em vista a íntima relação estabelecida entre eles, defendendo, inicialmente, o direito ao crédito fiscal relativo aos materiais supostamente adquiridos para seu uso e consumo, direito este que, uma vez reconhecido, implica no imediato afastamento da exigência do diferencial de alíquotas correspondente.

Considerando, entretanto, que o posicionamento adotado pela fiscalização e corroborado pelo órgão julgador de primeira instância não é apto a sustentar as glosas que ainda persistem nas infrações em destaque, a Recorrente passa a reiterar os argumentos defensivos outrora aduzidos; comprovando, de forma inequívoca e definitiva, o direito que lhe assiste.

- DO DIREITO AO CRÉDITO FISCAL DECORRENTE DAS AQUISIÇÕES DE INSUMOS EQUIVOCADAMENTE ENQUADRADOS, PELA FISCALIZAÇÃO, COMO MATERIAL DE USO E

CONSUMO (INFRAÇÃO 10).

Conforme esclarecido na impugnação apresentada, a Autuada, no exercício de suas atividades, adquire diversos produtos, tais como Monoetilenoglicol, Nitrogênio consumo, Tracerco, Corante, GLP, Spectrus, Flogard, Dianodic, Continuum, Hipoclorito de sódio, dentre outros, todos indispensáveis à consecução do seu processo produtivo, apropriando-se dos créditos fiscais correspondentes, tal como autorizado pela legislação em vigor.

Deste modo, a Recorrente demonstrará a essencialidade da função desempenhada pelos produtos cujos créditos fiscais foram glosados e mantidos pela fiscalização, rebatendo, pois, as afirmações contrárias ao aproveitamento do crédito fiscal em foco. Afirma que o MONOETILENOGLICOL é consumido, ainda que em pequenas quantidades, ao longo da cadeia de produção da ora Recorrente, conforme se pode inferir das informações prestadas pelo engenheiro químico responsável pelo planejamento industrial da Autuada, cujo Informe Técnico já foi juntado aos presentes autos (doc. 09 da primeira manifestação):

“o MEG é material usado como fluido de selagem das bombas do sistema da Acetonitrila da unidade. Nestas bombas, há um componente chamado “selo mecânico” que impede o vazamento da corrente do processo (neste caso, o solvente Acetonitrila) para a atmosfera.

De modo geral, o selo mecânico é usado onde se trabalha com pressões altas e onde o controle das emissões fugitivas para a atmosfera é exigido por questões ambientais e/ou de segurança. De forma resumida, o selo consiste de vedações primárias e secundárias, que são refrigeradas e lubrificadas por um fluido “barreira”. A depender da configuração projetada para este sistema de selagem, o pequeníssimo fluxo pelo selo (necessário para garantir a lubrificação e resfriamento do selo) pode ser do fluido bombeado na direção do fluido barreira ou, no sentido contrário, do fluido barreira para o processo.

No caso das bombas do sistema de Acetonitrila da Unidade de Isopreno, o projeto dos selos concebeu a migração do fluido-barreira (MEG) para dentro do processo produtivo, o que já justifica um pequeno consumo deste material”. (grifamos)

Diante dos esclarecimentos acima transcritos, não há dúvida que o MEG é utilizado dentro do processo produtivo com *como fluido de selagem das bombas do sistema da Acetonitrila da unidade.*

NITROGÊNIO CONSUMO

Tal como o monoetilenoglicol acima descrito, o Nitrogênio Consumo é utilizado essencialmente como fluido de selagem em várias etapas do processo produtivo da ora Recorrente, sendo que sua aplicação tem como objetivo evitar a entrada de oxigênio da atmosfera nos equipamentos, impossibilitando, por conseguinte, a formação de uma “atmosfera explosiva”. O Nitrogênio Consumo é utilizado, assim, basicamente no sistema de selagem na tancagem dos produtos finais.

Inferre, pois, que, embora não integre o produto final, o Nitrogênio Consumo entra em contato direto com este, evitando, conforme acima mencionado, a entrada de oxigênio em contato com o produto final, o que ocasionaria sérios riscos de explosão. Imperioso, portanto, o direito ao crédito fiscal correspondente.

TRACERCO ISOCTANO 30.000, TRACERCO TOLUENO 30.000, TRACERCO XILENO 30.000 e CORANTE LARANJA AUTOMATE – 2XS

Em relação aos insumos “Tracerco” e “Corante”, os Auditores Fiscais Autuantes, sem qualquer embasamento técnico, afirmaram, de forma deveras simplista, que tais produtos são adicionados após o final do processo de industrialização, sendo, portanto, uma despesa e não matéria-prima; não ensejando, por conseguinte, crédito fiscal de ICMS.

Conforme esclarecido na impugnação apresentada, o “Tracerco” é um insumo adicionado aos solventes comercializados pela ora Recorrente, que tem como objetivo identificar o produto final, enquanto que o “Corante” é utilizado como um aditivo ao combustível fabricado e comercializado pela Autuada, integrando-se, pois, de forma indubitável, ao produto final que, *in casu*, corresponde à gasolina.

Que sem a utilização de tais insumos não haveria como identificar e individualizar os respectivos produtos finais, pois, todos teriam o mesmo aspecto, cor e cheiro; o que certamente ainda implicaria na desqualificação destes frente às especificações técnicas que devem seguir, para fins de comercialização.

INSUMOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO, GLP GRANEL BRASILGÁS e INSUMOS UTILIZADOS COMO AGENTES ANTI-CORROSIVOS, BEM COMO NA LIMPEZA QUÍMICA DO PROCESSO.

No tocante aos produtos Dianodic DN 2300, Flodgard MS 6209, Hipoclorito de Sódio, Inibitor AZ 8104, Sepctrus BD 1501, Spectrus Tratamento de Água de Resfriamento, GLP Granel Brasil Gás, EC-3013A, Kurizet L112 Sol Nitr Sódio 33, Mizuclean FAB Mod L-401, Continuum AEC 3105, Desengraxante Limpeza Química e Desgaseificador EC-9104, conforme demonstrado na impugnação oportunamente apresentada, todos os insumos aqui listados são indispensáveis à consecução do seu processo produtivo, pelo que se apropria dos créditos fiscais correspondentes, tal como autorizado pela legislação em vigor.

Isto porque, todos os insumos aqui tratados, cujos créditos foram glosados pela fiscalização, estão diretamente integrados ao seu processo produtivo, sendo a função por eles exercida indispensável ao regular funcionamento da sua unidade fabril; caracterizando-se, de acordo com a legislação, como matéria-prima ou produto intermediário, conforme o caso.

Neste particular, impende à Recorrente pontuar que no Informe Técnico colacionado aos autos (doc. 09 da primeira manifestação), o engenheiro químico integrante do seu quadro de profissionais esclareceu a essencialidade dos produtos Dispersante Sistema Resfriamento e Trasar 73202, os quais são utilizados no denominado Sistema de Água de Resfriamento, devendo-se, portanto, também em relação a eles se reconhecer o direito ao crédito fiscal da Autuada.

Que neste contexto, não há que se falar em utilização indevida de crédito fiscal, conforme faz crer a fiscalização. Que tal como evidenciado na presente peça, afastado o enquadramento dos produtos cujo crédito foi glosado como material de uso e consumo, não há que se falar na exigência de estorno dos créditos decorrentes da aquisição dos insumos aplicados no processo produtivo da Recorrente, tampouco no pagamento do diferencial de alíquota correspondente a tais aquisições, pelo que não merece prosperar os itens 10 e 11 da acusação fiscal.

Face ao quanto aduzido no bojo da presente defesa administrativa, a Recorrente pugna para que essa Egrégia Câmara desse Ilustre Conselho de Fazenda de TOTAL PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário, com a consequente reforma parcial da decisão aqui combatida, para:

(i) que o Auto de Infração ora guerreado seja julgado INTEIRAMENTE IMPROCEDENTE em relação às competências de janeiro a novembro de 2004, face à consumação da decadência do direito de o Fisco baiano lançar os aludidos créditos tributários;

(ii) no que tange aos fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2004 e caso a decadência suscitada não seja acatada por essa Nobre Câmara de Julgamento, que o Auto de Infração nº 269139.0001/09-3 seja julgado PARCIALMENTE IMPROCEDENTE, para que restem totalmente afastadas as exigências consubstanciadas em seus itens 08, 09, 10 e 11.

Requer, ainda, que essa Colenda Câmara conheça dos documentos ora adunados aos autos, em homenagem aos princípios da informalidade e da verdade material, ao tempo em que protesta pela juntada posterior de documentos fiscais e contábeis, bem como pela realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, para que seja atestado o quanto defendido pela ora Recorrente.

A PGE se manifesta às fls. 1740/52, quando rebate o Recorrente quanto à decadência do direito de o Fisco Estadual constituir os créditos tributários relativos aos meses de janeiro a novembro de 2004. Que quanto a esta assertiva laborada pela ora recorrente, não trepida em afirmar que a mesma é destituída de qualquer lógica jurídica, por descon siderar a interpretação sistemática da norma entalhada no art. 150, § 4º, do CTN e sua iteração com o disposto no art. 173, I, do mesmo

“codex”.

Cita o art. 173 do Código que prevê prazo decadencial de cinco anos, com três hipóteses de termo inicial. Na primeira (art. 173, I), que se constitui na regra geral, o termo inicial do prazo é primeiro dia do EXERCÍCIO (financeiro; atualmente, coincide com o ano civil; Lei nº 4.320/64, art. 34) seguinte àquele em que o lançamento PODERIA ter sido efetuado. Que neste passo, o pagamento antecipado é o elemento essencial que caracteriza o lançamento por homologação, ou seja, que sem a antecipação do pagamento não há que se falar em lançamento por homologação e, por conseguinte, não há o que ser homologado.

Aduz que o art. 150, *caput*, ao falar do momento em que ocorre o lançamento por homologação, que é quando a autoridade expressamente homologa a “atividade” do sujeito passivo, só autoriza a conclusão de que a “atividade assim exercida” é o pagamento antecipado. Afinal, quadra indagar, como poderia ser cobrado pelo FISCO o imposto não pago ou pago a menor? A resposta se afigura simples, apenas por intermédio de um lançamento de ofício. Portanto, neste ponto não há como se aceder à tese da defesa.

Que doutra vertente de inconformidade, propugnou a Recorrente a inaplicabilidade das multas atinentes aos itens 8 e 9 do lançamento, sob a alegação de que as omissões não foram praticadas com dolo, fraude ou simulação e não implicou na falta de recolhimento do ICMS. Que de fato, da análise das depurações realizadas na decisão de piso, verifica-se *a priori* a inexistência de dolo, fraude ou simulação, contudo, conforme bem pontuado na decisão arrostada, não há como se dizer com certeza que o descumprimento das obrigações acessórias, no que se refere às mercadorias tributadas, não implicaram a falta de recolhimento do ICMS, razão pela qual coaduno com o posicionamento da JJF.

Quanto à alegação recursal de que algumas notas tidas como não registradas estariam registradas no LRE de estabelecimento diverso do autuado merecem suporte parcialmente, pois, conforme se verifica dos demonstrativos de fls. 1326/1356 algumas não estão elencadas no demonstrativo objeto do lançamento, enquanto outras estão. Apenas a título exemplificativo, a nº 46.313 não está elencada no demonstrativo objeto do lançamento.

Já as NFs 13.509 e 7341 (fl. 1327) estão no levantamento (fl. 1334) e, de fato, estão registradas no LRE de estabelecimento do autuado diverso do estabelecimento sujeito passivo da presente relação obrigacional. Da mesma forma, cabe a exclusão do demonstrativo das notas atinentes à prestação de serviços listada às fl. 1728, uma vez contempladas no demonstrativo às. 1335.

Por derradeiro, no que se refere às infrações 10 e 11 do Auto de Infração, com a devida vênia, entendo não cabida à tese recursal, senão vejamos. A mercadoria que entra (comprada) gera crédito, que será abatido da mercadoria que sai (vendida). Assim, apesar do imposto incidir sobre o valor total da mercadoria na saída, o contribuinte só recolherá o imposto sobre o valor agregado, impedindo-se assim a tributação em cascata.

Desta forma, se o contribuinte adquire um produto para seu uso, consumo ou ativo fixo, este bem não é mercadoria, pois não será revendido, assim não pode gerar crédito, sob pena de desorganizar todo o sistema de compensação, contrariando enfim, o espírito da norma constitucional.

Que se o princípio visa impedir a tributação em cascata sobre as mercadorias comercializadas pelo contribuinte, só gerarão crédito para serem compensado, os bens que sejam adquiridos para serem revendidos ou utilizados na produção da mercadoria que terá saída, mas nunca materiais consumidos pelo próprio estabelecimento. Assim, até a presente data, a técnica da não-cumulatividade é impressa através do regime jurídico do chamado crédito físico.

Alicerçada no art. 109 do Código Tributário Nacional, a legislação tributária estadual estabeleceu, de forma expressa, que os produtos intermediários passíveis de gerar direito a crédito são SOMENTE aqueles consumidos na produção ou que fisicamente integrem o produto final. Neste passo, fácil se entremostra, pela finalidade dos produtos sob exame, que os mesmos resvalam

frontalmente com a idéia de consumo integral e imediato em único processo produtivo, remetendo-nos a idéia de perenidade e continuidade de suas utilizações no processo produtivo. Desta forma, resta comprovado à simplicidade franciscana, que não poderiam os produtos arrostandos, serem *consumidos de forma imediata e integral em um único processo produtivo*.

Que diante do exposto, nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, opina pelo conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário do autuado, devendo a presente manifestação ser encaminhada 2ª CJF, que converteu o processo em diligência com os seguintes objetivos:

- Verificar se as alegações recursais quantos às infrações 8 e 9 tem procedência, refazendo demonstrativo com exclusão das notas fiscais escrituradas nos livros fiscais que não foram destinadas ao estabelecimento e ainda as que se referem aos serviços sujeitos ao ISSQN.
- No que tange as infrações 10 e 11, intimar o contribuinte a apresentar documentos que explicitem seu processo produtivo, descrever a função e etapa de participação de cada produto e visitar in loco o estabelecimento para verificar a veracidade das informações.

Às fl. 1829, o fiscal diligente apresenta relatório da diligência fiscal 102/14, quando inicialmente constata que a diligência diz respeito apenas às infrações 10 e 11, uma vez que a parte da impugnação, relativa às infrações 8 e 9, foi objeto de desistência (folhas 1786 a 1788), tendo a autuada apresentado um termo de confissão de dívida (folhas 1805 a 1806) mediante o qual renuncia ao direito de defesa e de recurso e, ato contínuo, efetua a quitação do débito, beneficiando-se das reduções previstas na Lei nº 12.903/13.

Relativamente às infrações 10 e 11 em cumprimento à solicitação de diligência acima referida, intimou, em 29/05/2014, a empresa Braskem S/A, conforme documentos às folhas 1832 a 1834. Em atendimento à intimação expedida, a autuada apresentou a documentação acostada às folhas 1835 a 2028. Após o atendimento à intimação, visitou o estabelecimento no dia 26/08/2014, com vistas a conhecer o seu processo produtivo, bem como obter explicações acerca da participação no processo de cada um dos itens de mercadoria objetos da presente autuação.

Após analisar a documentação apresentada, organizou as informações obtidas em uma tabela cujo título é “AI 269139.0001/09-3 - RELAÇÃO DOS ITENS DE USO E CONSUMO” (folhas 2029 a 2030). Nesta tabela relacionou todos os itens de mercadoria que foram objeto da autuação, organizados por “DESCRIÇÃO”, em ordem alfabética crescente. A tabela citada é composta por quatro colunas distintas: “CÓDIGO”, “DESCRIÇÃO”, “FUNÇÃO” E “PÁG. PROC.”.

Após informar o código e a descrição de cada item, preencheu a terceira coluna com a função que cada um desempenha no processo produtivo, descrevendo, de forma sintética, a sua participação e destacando o aspecto que considere mais relevante. Na quarta e última coluna, informei a página do processo em que se encontra a descrição mais completa da participação no processo, para a hipótese de se querer obter alguma informação adicional. Frise-se que nem todas as linhas possuem tal informação mais completa.

Informa ainda, que a empresa não mencionou todos os itens em sua resposta, pois se limitou a tratar das mercadorias que são utilizadas na planta. Em relação aos itens não mencionados, não descreveu a sua função, limitando-se a colocar a informação de que não fazem parte do processo. Que utilizou várias fontes para alimentação da tabela - a impugnação apresentada pela empresa, o Parecer Técnico do IPT, e a visita realizada em 26/08/2014, oportunidade em que conversei com o pessoal da área técnica. Assim, deu por concluída a diligência.

Que ccompulsando os autos, às fls. 2029/30, é possível ver que o monoetilenoglicol é utilizado como o próprio Recorrente descreveu que é como filtro de selagem das bombas do sistema de acetonitrila; o nitrogênio como fluido de selagem na tancagem de produtos finais, dessorção das impurezas e secagem e remoção dos solventes de linha, além de purga do ambiente.

O corante é utilizado como aditivo à gasolina para a sua identificação, assim como o tracerco que também identifica o produto fabricado; os produtos Dianodic DN 2300 e Inhibitor AZ 8104 são adicionados à água de resfriamento para inibir corrosão nos equipamentos, Algicida

Cloreto, Alq Amônia Spectrus BD 1501 e Spectrus, adicionados à água como inibidor de corrosão nos tubos dos trocadores de calar, Flogard MS 6209 também é adicionado à água para inibir corrosão dos equipamentos, Hipoclorito de Sódio é um agente bactericida.

Às fls. 2034/50, a Recorrente se manifesta quando diz que antes de descrever a função desempenhada por cada produto objeto da autuação no seu processo produtivo, cumpre à Autuada recordar que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, garantia o direito ao crédito fiscal decorrente da aquisição de produtos intermediários, conforme se pode inferir dos dispositivos do art. 93 e 97 do RICMS/BA 97.

Que do cotejo dos excertos apresentados, percebe-se que a legislação claramente delimita quais os pressupostos para a utilização de crédito do ICMS decorrente da aquisição de insumos. Destrinchando os dispositivos regulamentares acima reproduzidos, pode-se inferir que a definição geral de insumo (do qual produto intermediário é espécie), erigida pela legislação, é a de mercadoria que, não sendo alheia à atividade do estabelecimento, é adquirida para emprego no processo de industrialização e é nele consumida.

Aduz que a palavra “consumida” não significa “incorporada”, mas se refere ao fato de que as qualidades iminentes àquele produto foram gastas no processo industrial, de tal forma que o que dele sobrou não terá mais nenhuma função, será mero rebotalho; e mais, o seu potencial gasto foi agregado ao valor do produto produzido, já que a ele é indispensável.

Que o conceito de produto intermediário abrange, pois, todas as aquisições de bens e/ou mercadorias efetivamente empregados no processo industrial, que se mostrem a estes essenciais e sendo neste consumidas. A análise do enquadramento de determinado produto ao conceito de insumo deverá ser promovida, portanto, de forma casuística.

Para alcançar tal desiderato, a Autuada trouxe aos autos o Parecer Técnico 20.677/301, elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas (doc. 04 da petição apresentada em 21/07/2014), demonstrando, assim, a afetação dos produtos objeto da autuação na consecução do seu objeto social, qual seja, industrialização e comercialização de produtos petroquímicos de primeira geração, tornando, enfim, superada toda e qualquer discussão acerca da lisura dos créditos apropriados.

Que é relevante pontuar, por oportuno, que a Autuada passa a tratar individualizadamente cada bem utilizado como insumo cujos créditos foram glosados, tal como empregados no processo fabril desenvolvido no estabelecimento autuado, a fim de tornar mais didática à exposição e repete as explicações para o MONOETILENOGLICOL – MEG, como fluido de selagem de bombas que impede vazamento no processo por conta das pressões altas sendo inequívoco, portanto, o direito da autuada ao respectivo crédito de ICMS quando da aquisição do insumo em referência.

Tal como o monoetilenoglicol, o Nitrogênio Consumo é utilizado essencialmente como fluido de selagem em várias etapas do processo produtivo da Autuada e também é utilizado nas operações de dessorção das impurezas nos materiais adsorventes, peneiras moleculares utilizados no processo de purificação das matérias primas, e alguns catalisadores e utilizado na secagem e na remoção dos solventes das linhas.

Que, embora não integre o produto final, o Nitrogênio Consumo entra em contato direto com este, evitando, conforme acima mencionado, a entrada de oxigênio em contato com o produto final, o que ocasionaria sérios riscos de explosão. Imperioso, portanto, o direito ao crédito fiscal correspondente. Registra pela sua importância que, em relação aos créditos apropriados pela Autuada em decorrência das aquisições de nitrogênio, a própria fiscalização da SEFAZ/BA vem mudando o seu entendimento, admitindo o crédito em relação a 98% do valor referente às aquisições deste produto, glosando, portanto, 2% deste montante, considerando que esta parcela do Nitrogênio é utilizada em purgas e limpezas de vasos e tubos.

É o que se infere, pois, do Item 01 do recentíssimo Auto de Infração nº 297515.0003/14-5 e respectivo anexo (doc. 03), bem como do item 06 do Auto de Infração nº 271330.0002/10-3 e

respectivo anexo (doc. 04). Assim, considerando que a própria SEFAZ já admite o crédito de ICMS em relação ao valor de 98% do nitrogênio adquirido, impõe-se o ajuste do levantamento fiscal neste particular, tendo em vista que o mesmo, tal como se encontra atualmente, não representa o hodierno entendimento dessa d. Secretaria de Fazenda.

Que conforme esclarecido na impugnação apresentada, o “Tracerco” é um insumo adicionado aos solventes comercializados pela Autuada, que tem como objetivo identificar o produto final, enquanto que o “Corante” é utilizado como um aditivo ao combustível fabricado e comercializado pela Autuada, integrando-se, pois, de forma indubitável, ao produto final que, *in casu*, corresponde à gasolina. Ambos são usados para atender requisito da Agência Nacional de Petróleo (ANP). Sem a utilização de tais insumos não haveria como identificar e individualizar os respectivos produtos finais.

Registra pela sua importância que, analisando a mesma situação, quando do julgamento do Auto de Infração nº 271330.0002/10-3, a 4ª JF, por meio do Acórdão JF nº 0095-04/14, concluiu pela idoneidade dos créditos apropriados pela Autuada em decorrência da aquisição do TRACERCO, nos seguintes termos:

Ementa: ICMS. (...) 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. b) AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. b.2) DIVERSOS MATERIAIS. Em visita ao local onde se situa o sujeito passivo, a Assessoria Técnica do Conselho constatou a procedência parcial das alegações da defesa. Infração 07 parcialmente elidida.

(...)

Os marcadores TRACERCO (...) compõem o produto final sob o prisma jurídico, porquanto são utilizados para atender norma impositiva da ANP.

Admissível, portanto, a utilização do crédito fiscal.

Dessa forma, por integrarem o produto final, resta indubitável o direito da Autuada ao crédito fiscal glosado pela fiscalização. Nos sistemas de resfriamento são utilizados agentes anticorrosivos e também na limpeza do processo. Para tanto, a Autuada utiliza, dentre outros, os seguintes insumos: Dianodic DN 2300, Algicida Cloreto Alq Amônia, Flogard MS 6209, Hipoclorito de Sódio, Inibitor AZ 8104, Spectrus BD 1501 e Spectrus Tratamento de Água de Resfriamento.

Verifica-se assim que, todos os insumos aqui tratados, cujos créditos foram glosados pela fiscalização, estão diretamente integrados ao seu processo produtivo. Neste contexto, objetivando minimizar os efeitos da utilização destes produtos, a Autuada adquire determinados insumos, os quais são utilizados para controle e/ou inibição de corrosão. São eles - EC-3013A, Kurizet L112 Sol Nitr Sódio 33 e Mizuclean FAB Mod L-401. Adicionalmente, a Autuada adquire insumos outros com o fim específico de promover a limpeza química do processo; são eles: Continuum AEC 3105, Desengraxante Limpeza Química e Desgaseificador EC-9104.

Conforme se infere do Parecer Técnico já acostado aos autos, tem-se que o GLP é utilizado na “Unidade de Fracionamento de Nafta” e na “Unidade de Fracionamento do Gás Natural”. A afetação do GLP no processo produtivo da Autuada denota, portanto, sua função de produto intermediário, diante da sua indispensabilidade, caracterizada, inclusive, pela impossibilidade de fabricação dos produtos finais sem o seu uso e pelo consumo imediato e renovação constante no processo industrial.

Analisando o levantamento fiscal, verifica-se que há duas notas fiscais (NFs 1097 e 32543), cujo produto está assim descrito: “ITEM ADMISSÃO TNP”. Como a Autuada não adquire nenhum bem / produto / insumo com esta nomenclatura, estranhou a existência dessas duas Notas Fiscais com os produtos assim descritos no levantamento fiscal.

Dessa forma, objetivando verificar a natureza dos produtos adquiridos por meio dos documentos fiscais em voga, a Autuada buscou em seus arquivos cópia das referidas NFs, tendo logrado localizá-las. Assim, examinando as cópias das NFs 32543 e 1097 (doc. 05), verifica-se que estas consubstanciam (i) operação de aquisição de NAFTA, principal matéria-prima da Autuada,

conforme se infere do anexo Parecer do IPT (NF 32543); e (ii) Operação de Devolução de Metanol, cuja saída anterior foi devidamente tributada (NF 1097); quer seja em razão da natureza dos produtos, quer seja em função da natureza da operação, resta insubsistente a glosa perpetrada pela fiscalização.

Como já apontado na impugnação apresentada, a Autuada, no exercício de suas atividades, necessita adquirir materiais de embalagem, tais como, Saco plástico, Saco Amostragem em Tedlar e Container Fléxivel, todos indispensáveis ao processo produtivo. Com relação ao insumo Container flexível, a Autuada reproduz Acórdão JJF nº 0154-01/12 exarada pela 1ª JJF que reconheceu o direito a crédito, nos seguintes termos:

Ementa: ICMS. (...) 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Restou comprovado que parte dos materiais objeto da glosa diz respeito a embalagens não retornáveis descabendo a exigência do pagamento da diferença de alíquotas. Infração parcialmente subsistente. PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

(...)

“quanto à questão de serem, ou não, retornáveis os ‘big bags’ e os ‘contêires flexíveis’ utilizados para envasar os produtos vendidos pela empresa, fizemos verificação in loco e não encontramos qualquer comprovação de que houvesse retorno de tais invólucros.

Desta forma, restando confirmado que tais mercadorias não retornam ao estabelecimento de origem, assiste razão ao contribuinte quando utiliza o crédito fiscal referente às aquisições, razão pela qual cabe exclusão dos valores apontados como devidos dos demonstrativos elaborados pela autuante, (...)”

Neste contexto, não há que se falar em utilização indevida de crédito fiscal, conforme faz crer a fiscalização. Diante de todo o exposto e reiterando tudo quanto alegado no Recurso Voluntário e nas manifestações apresentadas, pugna a Autuada para que essa Egrégia Câmara desse Ilustre Conselho de Fazenda dê PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, com a consequente reforma parcial do r. *decisum*, para que o Auto de Infração em voga seja julgado INTEIRAMENTE IMPROCEDENTE em relação às competências de janeiro a novembro de 2004, face à consumação da decadência do direito de o Fisco baiano lançar os aludidos créditos tributários;

Às fls. 2.124/128 a PGE novamente se manifesta em caráter opinativo e traz a ementa do Resp 1038918/SP do STJ assim como o Resp 799.724/RJ, para ao final assentar que só haverá creditamento quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto ou que são consumidos integralmente no curso do processo de produção e que os produtos das infrações 10 e 11 não possuem essas características necessárias ao creditamento sendo bens perenes em ciclos produtivos não sendo incorporados nem consumidos integralmente no processo produtivo.

À fl. 2.146, na assentada de julgamento da sessão do dia 02 de Junho de 2015, o processo foi convertido em diligência, com intuito de verificar in loco o processo produtivo e que fossem adotadas as seguintes providências:

- a) O diligente deve verificar in loco quanto aos produtos ÁCIDO SULFÚRICO, SULFATO DE ALUMÍNIO, CLORO, NALCLEAR e CARBONATO DE SÓDIO, que a impugnante alegou integrar produtos finais vendidos para outras empresas do Pólo Petroquímico. Verificar se além de todos esses produtos serem utilizados nos produtos finais dos diferentes tipos de água (Clarificada, Desmineralizada e Potável) se são comercializadas e tributadas pelo ICMS (mesmo que diferido). Havendo comprovação, refazer os demonstrativos originais, admitindo crédito proporcional às saídas tributadas (infração 10), assim como a diferença de alíquota;*
- b) Verificar se o GLP é consumido no processo produtivo na condição de elemento indispensável e necessário à produção, ou se tem utilização acessória de segurança como queima de neutralização de gases nocivos do flare, ou de forma a fazer algum tipo de controle ambiental, e se for utilizado para ambos (produção e segurança), fazer a proporcionalidade;*
- c) Os marcadores TRACERCO e CORANTE, conforme comprovado na diligência anterior, são adicionados aos combustíveis e solventes comercializados, para identificação do produto final. Assim deverá se fazer a exclusão dos valores relativo a estes produtos nas infrações 10 e 11;*
- d) Verificar se os sacos plásticos de embalagem, assim como o container flexível saem acompanhando a venda de mercadoria tributável ou se é apenas descartado em operação não tributável. Sendo a saída tributada, também fazer a exclusão dos demonstrativos;*

- e) Verificar se as notas fiscais n^{os} 1097 e 32543 cuja descrição é ITEM ADMISSÃO TNP se trata em verdade de NAFTA e se fazem parte do demonstrativo, excluir de ambas as infrações.

Feita a diligência às fls. 2.257/60, verificou-se que no que diz respeito aos itens ÁCIDO SULFURICO, SULFATO DE ALUMINIO, CLORO, NALCLEAR, CARBONATO DE SÓDIO, comprovou-se efetivamente a comercialização destes produtos (água clarificada), desmineralizada e potável, e acosta notas fiscais de venda destes produtos a diversas empresas às fls. 2.275/342. Entretanto o Recorrente alegou que estas operações foram registradas no exercício de 2005 e devido ao grande número de operações no período, enfrentou dificuldades para através do sistema de escrituração, totalizar o tipo de água e as vendas do período, para poder quantificar o percentual solicitado; requereu então, que fossem utilizados os mesmos percentuais no índice apurado para os exercícios de 2008 e 2009 nos termos do Parecer ASTEC 0071/2012 conforme fls. 2.344, e considerados pela diligência naquela ocasião, já que em 2008 foram comercializado 39% da água produzida.

Quanto ao GLP, a diligência considera que é essencial, pois é queimado e produz vapor necessário para as diversas etapas da cadeia vinílica, mas quanto à segurança, o engenheiro assegurou que o GLP não possui essa função, **mas que sem o GLP não se gera energia e vapor para manutenção do processo produtivo** e assim, foi excluído dos demonstrativos. Também foram excluídos o tracerco e corante, conforme determinado pelo pedido de diligência.

Quanto aos sacos plásticos, o recorrente não comprova que tais produtos teriam finalidade de acondicionar mercadorias tributáveis, mas que são utilizados em descarte de resíduos resultantes de manutenção. Quanto as Notas Fiscais n^{os} 1.097 e 32.543, a Recorrente provou ter direito aos créditos, pois a primeira refere-se à aquisição de nafta e a segunda refere-se à operação de devolução do álcool metanol cuja saída se deu devidamente tributada conforme documentos fls. 2.351 e 2.381/388, e assim este item foi ajustado com a exclusão das notas fiscais. Pela diligência nos moldes em que foi efetuada, as infrações 10 e 11 remanescem, nos termos da conclusão desta diligência com respectivamente R\$15.342.510,34 e R\$391.989,90 conforme demonstrativos fls. 2355/80.

O Recorrente se manifesta às fls. 2.262/72 quanto aos termos do aludido Parecer ASTEC n^o 0081/2015 da lavra da Auditora Fiscal Alexandrina Natália Bispo dos Santos, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

Alega no que tange especificamente aos Itens 10 e 11 da peça acusatória, que o Fisco Estadual pretende impor o estorno dos créditos fiscais decorrentes das aquisições de diversos produtos indispensáveis à consecução do seu processo produtivos - tais como ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro líquido, spectrus, flogard, dianodic, continuum, hipoclorito de sódio, dentre outros - e o consequente pagamento do diferencial de alíquotas, sob a alegação de que estes se tratariam de material para uso e consumo do estabelecimento.

Que a despeito da solidez dos argumentos então aduzidos, os Srs. Auditores Fiscais autuantes, na primeira informação fiscal prestada nos presentes autos, reviram apenas parcialmente os lançamentos consubstanciados nas citadas infrações, ao reconhecerem que os produtos Ácido Sulfúrico, Carbonato de Sódio, Cloro, Nalclean 8170 e Sulfato de Alumínio são insumos indispensáveis ao processo produtivo, possuindo, portanto, natureza de matéria-prima ou produtos intermediário, conforme o caso.

Que mais adiante, os autuantes, em sede de diligência, reviram as glosas perpetradas em relação aos créditos fiscais decorrentes das aquisições de produtos equivocadamente enquadrados, pela fiscalização, como material de uso e consumo sob a rubrica de "Produto Genérico". Tais ajustes, posteriormente, vieram a ser referendados pela d. 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do acórdão recorrido. Após a apresentação do competente Recurso Voluntário, essa d. CJF entendeu por bem solicitar a realização de diligência por auditor fiscal estranho à lide, para que fossem esclarecidos alguns pontos relacionados às infrações em análise.

Ato contínuo, em face do quanto solicitado por esse d. órgão julgador, os autos foram

encaminhados à ASTEC, onde, após a análise dos esclarecimentos prestados e da documentação juntada pela ora Manifestante, a preposta fazendária - Sra. Alexandrina Natália Bispo dos Santos – proferiu o Parecer ASTEC nº 0081/2015, no qual foram apontadas as seguintes conclusões:

Relativamente aos produtos ácido sulfúrico, sulfato de alumínio, cloro, nalclear e carbonato de sódio, estes produtos são insumos indispensáveis ao processo produtivo da água clarificada, desmineralizada e potável. Devidamente intimado, o recorrente apresentou notas fiscais comprovando que efetivamente comercializou estes produtos no período fiscalizado (água clarificada, desmineralizada e potável). O autuado comprova que tais notas fiscais de saídas estão devidamente registradas na sua escrituração fiscal;

No que tange ao GLP, intimado a esclarecer se o referido gás é utilizado como elemento acessório de segurança na queima de gases nocivos do flare, fazendo um tipo de controle ambiental, o setor de engenharia de processo da empresa assevera que o GLP na Unidade autuada não possui esta função. Frisa que o citado produto é indispensável à sua produção e que sem o mesmo, deixaria de existir a geração de energia e vapor essencial à manutenção do processo produtivo, sendo inclusive a conclusão do IPT. Nesta senda, o produto GLP foi excluído dos demonstrativos dos autuantes.

Sobre os produtos TRACERCO e CORANTE, conforme determinado pela diligência, foram realizados os ajustes com a exclusão dos referidos produtos. A respeito dos sacos plásticos de embalagem e container flexível, o Recorrente não comprova que tais produtos teriam a finalidade de acondicionar mercadorias tributáveis.

Nessa esteira, a Recorrente não comprovou que os citados produtos servem de embalagem para comercialização de mercadorias tributáveis, portanto, nenhum ajuste foi realizado neste item.

Sobre as Notas Fiscais 1097 e 32543 – ITEM ADMISSÃO TNP, a Recorrente comprovou ter direito aos créditos destacados nas notas fiscais de nº 32543 e 1097, cuja descrição do produto detectada pela fiscalização estava como “ITEM ADMISSÃO TNP”. De fato, a primeira se refere à aquisição de NAFTA. A segunda se refere a uma operação de devolução do produto álcool METANOL, cuja saída se deu devidamente tributada. Este item foi ajustado com a exclusão das referidas notas fiscais.

Neste contexto, tendo sido intimada a se manifestar acerca do Parecer ASTEC nº 0081/2015, sumariamente reproduzido acima, a Autuada anuiu com as conclusões alcançadas pela d. fiscal diligente, exceto no que tange aos produtos sacos plásticos e container flexível. Isto porque, apesar de não ter logrado identificar no curso da diligência em análise as operações de saídas nas quais os sacos plásticos e os containers flexíveis foram utilizados, a Autuada está convicta da lisura dos procedimentos por si adotados, pelo que prossegue examinado as operações de saída do período autuado, com vistas a demonstrar a idoneidade dos créditos apropriados.

Por fim, mas não menos importante, a Autuada reitera que, em relação ao insumo Container flexível, o CONSEF já reconheceu o direito ao crédito em decorrência da aquisição de tal embalagem, conforme se infere do Acórdão JF nº 0154-01/12, nos seguintes termos:

Ementa: ICMS. (...) 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Restou comprovado que parte dos materiais objeto da glosa diz respeito a embalagens não retornáveis descabendo a exigência do pagamento da diferença de alíquotas. Infração parcialmente subsistente. PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

(...)

“quanto à questão de serem, ou não, retornáveis os ‘big bags’ e os ‘contêires flexíveis’ utilizados para envasar os produtos vendidos pela empresa, fizemos verificação in loco e não encontramos qualquer comprovação de que houvesse retorno de tais invólucros.

Desta forma, restando confirmado que tais mercadorias não retornam ao estabelecimento de origem, assiste razão ao contribuinte quando utiliza o crédito fiscal referente às aquisições, razão pela qual cabe exclusão dos valores apontados como devidos dos demonstrativos elaborados pela autuante, (...)”

Que neste contexto, não há que se falar em utilização indevida de crédito fiscal em relação aos materiais de embalagem objeto da autuação, conforme faz crer a fiscalização. Diante de todo o exposto, pugna a Autuada pelo reconhecimento total da improcedência das infrações 10 e 11 da autuação fiscal, objeto da diligência ora criticada. Por oportuno, a Autuada reitera em todos os seus termos o Recurso Voluntário apresentado, pugnando pela reforma parcial da Decisão recorrida, para:

(i) que o Auto de Infração em voga seja julgado INTEIRAMENTE IMPROCEDENTE em relação às competências de janeiro a novembro de 2004, face à consumação da decadência do direito de o

Fisco baiano lançar os aludidos créditos tributários;

(ii) no que tange aos fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2004 e caso a decadência suscitada não seja acatada por essa Nobre Câmara de Julgamento, que o Auto de Infração nº 269139.0001/09-3 seja julgado PARCIALMENTE IMPROCEDENTE, para que restem totalmente afastadas as exigências consubstanciadas em seus itens 10 e 11.

Protesta pela juntada posterior de documentos fiscais e contábeis, bem como pela realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, para que seja atestado o quanto defendido pela Autuada.

À fl. 2.408, na assentada de julgamento do dia 02 de Junho de 2015, esta Câmara converteu mais uma vez o processo em diligência à ASTEC para que os autuantes aplicassem aos itens 10 e 11 o critério da proporcionalidade dos exercícios de 2008, visto a douta Representante da PGE e dos demais membros desta Câmara, considerarem que embora a aplicação deste índice de um exercício diferente não ateste a verdade material *in concreto*, apura-se a verdade material “possível”.

À fl. 2.413, os autuantes efetuaram a diligência e acatando o critério proposto, reduziram as infrações 10 e 11 para respectivamente R\$15.678.333,50 e R\$408.352,21, conforme demonstrativos de débito às fls. 2.415/16. Intimado a se manifestar, o Recorrente apresentou manifestação às fls. 2.421/29 e repete os argumentos já aduzidos no processo pedindo pela improcedência total das infrações 10 e 11.

Às fls. 2.484, a 1ª CJF converteu mais uma vez o processo em diligência, desta vez à PGE/PROFIS, em razão dos fatos a seguir justificados. Às fls. 2.146/48 o processo foi enviado em diligência à ASTEC para esclarecer se o gás liquefeito de petróleo – GLP - era consumido no processo produtivo ou na queima do *flare* de forma a dar segurança ambiental, mas a diligência concluiu que não é utilizado na queima do *flare*, mas na produção de energia térmica com vistas à produção de vapor e que sem o vapor não haveria condição de se viabilizar a fabricação do PVC e assim entendeu que deveria excluir o GLP dos demonstrativos.

Considerando que a jurisprudência deste Conselho é voltada à situação da queima de GLP no *flare*, já que são raros os casos em que o lançamento decorre da utilização de GLP para geração de vapor, e que a Gerência de Consultas Tributárias da Diretoria de Tributação - DITRI, em parecer nº 7072-2015, de 06/04/2015, em anexo (fls. 2.484/86), diz que “o gás natural adquirido pelo estabelecimento industrial e utilizado como combustível na caldeira empregada para a geração de vapor e calor, indispensáveis para realização do processo industrial, se caracteriza como insumo do processo produtivo, gerando direito ao crédito na sua aquisição (art. 309, I, b do RICMS/BA 2012), esta Câmara, em busca da verdade material, e em cumprimento ao devido processo legal, decidiu por converter o processo em diligência à PROCURADORIA GERAL DO ESTADO – PGE, para que se pronuncie a respeito desta questão de direito, à luz da legislação estadual vigente à época dos fatos geradores (parágrafo 1º do art. 93 do RICMS/BA 97), respondendo à seguinte questão:

- *A utilização de GLP para a queima e consequente produção de energia térmica na caldeira, com vistas à geração de vapor a ser utilizado no processo industrial, enquadra-se como produto intermediário com direito ao crédito fiscal na sua aquisição?*

A PGE se pronunciou inicialmente com o parecer do Procurador Dr. José Augusto Martins Junior às fls. 2.489/91, em que concluiu que:

“na acepção positivada de bens passíveis de gerar crédito com amparo no regime de crédito físico, somente os bens consumidos e outrossim, colocados em contato com o processo de fabricação (imediatidade) podem engendrar créditos fiscais. Neste contexto, não há que se conferir ao bem lustrado na consulta a característica imanente ao creditamento, porquanto não utilizado em contato direto com o produto final, estando em linhas marginais do processo fabril, como v.g produtos de limpeza. Por conseguinte, diante da lógica da não-cumulatividade nas balizas do regime jurídico do crédito físico, a essencialidade não é pedra de toque para utilização do crédito fiscal, não sendo possível o creditamento”.

Às fls. 2.492/95, a Procuradora Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, emitiu parecer divergente em que afirma que além das matérias primas, também geram direito a crédito aqueles outros que estejam vinculados ao processo industrial ou nele se consumam e que *a pedra de toque para utilização do crédito fiscal consiste em que o material tenha emprego efetivo, direto e necessário ao processo produtivo, não se exigindo contato físico com o produto final, nem o consumo integral, num ciclo de produção*. A seguir, concluiu o parecer da seguinte forma:

Que nessa esteira, parece imperioso reconhecer a legitimidade dos créditos fiscais utilizados pela autuada relativo às entradas de GLP, pois conforme assevera pela diligente da ASTEC, este gás está diretamente afetado ao processo de produção de tal maneira, que sem sua participação na geração de energia e vapor, não poderiam se desenvolver as diversas etapas da cadeia de produção de PVC. Que outra não foi a conclusão do parecer da DITRI/GECOT, citado na diligência, restando ali concluído que o gás utilizado se caracteriza como insumo do processo produtivo, gerando direito ao crédito, e ao final entende que o GLP não se subsume no conceito de material de uso e consumo do estabelecimento, sendo indevida a glosa do crédito fiscal assim como a cobrança de diferenças de alíquotas.

Submetida à censura hierárquica do Procurador Chefe, às fls. 2.496 o Dr. Nilton Almeida Filho se pronunciou pelo **acolhimento do parecer exarado pela Procuradora Dra. Rosana Passos**, divergindo do parecer de lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, pelo que concorda com o posicionamento de que é improcedente a exigência de diferencial de alíquota assim como a glosa dos créditos fiscais correspondentes.

VOTO

Trata-se de julgamento de dois recursos, um de Ofício, pelo valor desonerado na primeira instância e outro Voluntário, por conta da insatisfação do Recorrente quanto ao resultado do julgamento de quatro infrações.

Das 13 infrações que constam neste PAF, apenas 6 foram impugnadas (1, 7, 8, 9, 10 e 11), sendo que o recurso de ofício decorre da Improcedência das infrações 1 e 7 e da Procedência Parcial das infrações 8, 9, 10 e 11. O Recurso Voluntário decorre, pois, destas últimas infrações julgadas Parcialmente Procedentes.

Inicialmente aprecio a questão suscitada acerca da decadência de parte do lançamento. Tal questionamento inicialmente se esbarra em vasta jurisprudência formada neste Conselho, que adotava o entendimento da PGE manifestado às fls. 1740/52, cujo prazo decadencial citado no Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB - art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), considera ocorrida à homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, o que gerou pareceres no processo que negava a pretendida decadência de parte do lançamento.

Após anos de debates, observação de julgamentos em tribunais superiores que foram consolidando entendimentos em separado dos dois artigos do CTN que trata de decadência, o que é própria evolução do Direito aplicado, houve a revogação dos arts. 107-A e 107-B, § 5º, do COTEB, por meio da publicação da Lei nº 13.199, de 28/11/14, adotando-se alinhamento da legislação estadual com o CTN, a partir da interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculada nº 8 do STF. Partindo desta realidade, a PGE/PROFIS emitiu parecer em Incidente de Uniformização, de nº 2016.194710-0, nos seguintes termos:

1. Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.
2. O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não

dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B parágrafo 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

3. Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando:
 - a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;
 - b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;
 - c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Assim, deve-se consideração com relação aos Autos de Infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data posterior à 12 de junho de 2008, a regra do art. 150, §4º, do CTN; com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data anterior à 12 de junho de 2008, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, §5º do COTEB.

Verifico que os lançamentos desta lide, passíveis de serem atingidas pela decadência nas infrações 8, 9, 10 e 11 se reportam ao exercício de 2004, portanto anteriores a 12/06/2008 data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF, e assim, mantenho os argumentos da decisão de piso, denegando a decadência pretendida.

Quanto à nulidade suscitada, a infração 1, de acordo com os elementos processuais, poderia mesmo ser anulada, por motivo de modificação da capitulação legal pelos autuantes na informação fiscal, que inicialmente capitulada como sendo crédito indevido. Contudo, os autuantes a modificaram para pagamento a menos do imposto, não vislumbraassem os membros da Junta, a sua inteira improcedência.

É que na defesa, a impugnante apresentou documento probatório que elidiu o lançamento, no que foi acatado parcialmente pelos autuantes, que, no entanto, não aceitaram a comprovação total. Entretanto, a empresa efetivamente comprovou que o valor residual exigido não procede, pois o crédito fiscal remanescente do lançamento, comprovadamente foi estornado no mesmo mês, o que caracteriza mesmo a improcedência da infração 1. Decisão recorrida de ofício mantida. Infração 1 Improcedente.

Quanto à infração 7 (falta de recolhimento do imposto) devido na importação de mercadorias com “isenção sob o Regime de Drawback na modalidade suspensão”, às fls. 1.144 e 1.145, o sujeito passivo colacionou documentos – acatados pelos autuantes – conforme extraídos do sítio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que informa a “baixa” dos Atos Concessórios 2005/006250-6 e 2005/000570-7.

Juntou-se também, comprovantes de exportação relativos aos sobreditos Atos Concessórios, às fls. 1.477, 1.478 e 1.487 a 1.490. Compulsando as citadas folhas, é forçoso concluir que os documentos apresentados pelo contribuinte comprovam a improcedência do lançamento, no que resulta a manutenção da Decisão recorrida de ofício da infração 7. Infração 7 Improcedente.

O Recurso de Ofício também comporta as infrações 8, 9, 10 e 11, julgadas parcialmente procedentes na decisão *a quo*, além do Recurso Voluntário que abrange estas mesmas infrações, e para tanto, esta Câmara converteu o processo em diligência à ASTEC para apuração da verdade material, dado os questionamentos feitos pelo Recorrente.

No entanto, conforme relata o Auditor Fiscal que efetuou a diligência, as infrações 8 e 9 perderam o objeto do Recurso Voluntário por conta do pagamento efetuado pelo Recorrente, restando tão somente o Recurso de Ofício destas infrações.

Assim, continuando, as infrações 8 e 9 sofreram desoneração parcial no julgamento de piso, nos termos do voto prolatado na 4ª JF, pois tais infrações são decorrentes de entradas de mercadorias – sujeitas e não sujeitas à tributação - sem o devido registro na escrita fiscal, e de acordo com as informações que vieram a ser prestadas pelo contribuinte em sua defesa, foi comprovado que diversas notas fiscais foram mesmo lançadas no livro Registro de Entradas, assim como foram excluídos também, os documentos relativos a outros estabelecimentos e aqueles referentes às prestações de serviços não tributados pelo ICMS que constavam do demonstrativo inicial, conforme fl. 1.171.

Foram retiradas também, as Notas Fiscais nºs 88.069 e 32.346, cujas aquisições não se consumaram, conforme aduziu o impugnante. Assim, acato o levantamento de fl. 1.325, elaborado pelos autuantes, de modo que a infração 8 resta uma parte reduzida, de R\$ 6.182.984,82 para R\$ 1.374.704,55, assim como a de número 9, de R\$ 909.533,95 para R\$ 860.796,42 e que foram reconhecidas e pagas pelo Recorrente. Mantida a decisão de primeira instância. Infrações 8 e 9 Procedentes em Parte.

Continuando o Recurso de Ofício quanto às infrações remanescentes (10 e 11), conjuntamente com o Recurso Voluntário, já que os dois recursos se entrelaçam em argumentos que foram acatados pela Junta, observo que em no voto prolatado no Acórdão de primeira instância, à fl. 1625, diz o Relator, ao justificar a procedência parcial destes dois itens:

Relativamente às infrações 10 e 11 (utilização indevida de crédito fiscal, referente à aquisição de material destinado ao uso e consumo e falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas), os autuantes inicialmente acataram as razões defensivas concernentes aos produtos ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro, nalclear 8170 e sulfato de alumínio (segundo parágrafo da fl. 1.321), por se mostrarem, no entender dos auditores, indispensáveis ao processo industrial, e entrarem em contato com os produtos finais e neles se agregarem ou se consumirem de imediato.

À fl. 1.321, em sede de informação fiscal, quanto aos insumos ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro, nalclear 8170 e sulfato de alumínio, utilizados na unidade de tratamento de água, os autuantes dizem o seguinte:

“Segundo o contribuinte, todos os produtos cujo crédito fiscal do ICMS relativo às suas aquisições foi glosado pela fiscalização, são insumos indispensáveis ao processo produtivo da Água Clarificada, Água Desmineralizada e Água Potável. Todos eles entram em contato direto com o produto final e nele se agregam ou se consomem imediatamente. Foram, portanto acatados os créditos relativos aos produtos destinados ao tratamento de água: ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro, nalclear 8170 e sulfato de alumínio. Portanto, procedem as informações do contribuinte.”

Às fls. 995/9, na peça impugnatória, o Recorrente justifica o crédito sob o argumento de que todos os produtos entram em contato direto com o produto final e nele se agregam. No pedido de diligência feito à fl. 1.522, é citado que os autuantes acataram as alegações defensivas concernentes aos insumos utilizados na unidade de tratamento de água (fl. 1321) por se mostrarem indispensáveis ao processo industrial, entram em contato com os produtos finais e neles se agregam ou se consomem de imediato.

A 4ª Junta converteu o processo em diligência para que os autuantes tomassem conhecimento dos novos documentos colacionados e prestassem informação fiscal, feita às fls. 1.601/09, e nesta informação, não se reportam ao acatamento parcial da defesa das infrações 10 e 11, tacitamente reafirmando o quanto afirmado anteriormente.

Entendo que a decisão primeira instância, neste caso, carece de fundamentação, visto apenas ter consentido com o posicionamento dos autuantes na informação fiscal, que acataram a procedência parcial sob o fundamento de que “segundo o contribuinte”... Ou seja, apenas consentiram com uma afirmação do Recorrente sem, contudo dar as explicações devidas.

Contudo, buscando amparo na jurisprudência deste Conselho de Fazenda acerca do aproveitamento ou não do crédito de tais produtos, constato que em julgamento na mesma 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO JF Nº 0095-04/14, foram glosados créditos dos

mesmos produtos - ácido sulfúrico, carbonato de sódio, cloro, nalclear 8170 e sulfato de alumínio por conta da mesma utilização na unidade de tratamento de água do mesmo contribuinte. Naquele processo, os autuantes mantiveram integralmente a infração na informação fiscal, e intimado o impugnante para tomar conhecimento da informação fiscal, este se manifestou (fls.2.487/81) e diz o seguinte:

No que tange às infrações 7 e 8, tece considerações sobre as acusações e as razões de defesa, reiterando que os materiais SULFATO DE ALUMÍNIO, CLORO LÍQUIDO, NALCLEAR, ÁCIDO SULFÚRICO e CARBONATO DE SÓDIO são utilizados no processo de tratamento de água, cujos produtos resultantes, água clarificada, água desmineralizada e água potável, têm uso no processo produtivo e são vendidos para empresas localizadas no Polo Petroquímico do Município de Camaçari-BA. Ressalta que um dos auditores fiscais reconheceu o direito ao crédito relativo a tais insumos no AI 206139.0001/09-3, cujas infrações 10 e 11 (crédito indevido e diferença de alíquotas) que foram julgadas parcialmente procedentes.

Os autuantes na terceira informação fiscal, dizem que:

No mérito, com relação às infrações 7 e 8, salientam que não houve detalhamentos na defesa, tendo o contribuinte inovado com argumentos no aditamento, o que não é permitido na legislação. Destacam que os produtos do sistema de resfriamento têm por finalidade aumentar a vida útil dos equipamentos (v. fl.2.502), não entram em contato com qualquer corrente industrial, nem se consomem no processo produtivo, assim como aqueles usados para evitar a corrosão (v. fl. 2.592), não ensejando direito de crédito.

A Junta então, consoante o documento de fls. 2.609/612 daquele PAF, converteu o processo em diligência, desta feita para a Assessoria Técnica do Conselho (ASTEC/ CONSEF), cujo Parecer resultante é o de número 0071/2012, onde o trecho em relação à averiguação dos itens das infrações 7 e 8 em lide, dizem o seguinte:

Já com relação aos itens carbonato de sódio, cal virgem, cloro, nalclear e sulfato de alumínio, a diligente promoveu exclusão parcial, proporcionalmente à integração aos produtos finais comercializados (39% e 40%, respectivamente, em 2008 e 2009). Em visita ao local onde se situa o sujeito passivo, a diligente da ASTEC constatou a procedência parcial das alegações de defesa. Por exemplo, quanto aos itens carbonato de sódio, cal virgem, cloro, nalclear e sulfato de alumínio, a auditora – em obediência à solicitação de diligência – promoveu de forma acertada a dedução parcial, proporcionalmente à integração destes aos produtos finais comercializados (39% e 40%, respectivamente, em 2008 e 2009).

No voto, o Relator se pronunciou da forma adiante exposta, acatando a procedência parcial das infrações com o seguinte fundamento:

Já a de número 08, relacionada com a anterior, exige o ICMS decorrente das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais destinados ao uso e consumo. Atenta às peculiaridades da situação, a 4ª JJF converteu o processo diversas vezes em diligência, objetivando o esclarecimento dos fatos, com o fim de verificar a efetiva destinação dada a todos os materiais objeto da autuação, com especial atenção àqueles em relação aos quais o impugnante se manifestou. Em visita ao local onde se situa o sujeito passivo, a diligente da ASTEC constatou a procedência parcial das alegações de defesa. Por exemplo, quanto aos itens carbonato de sódio, cal virgem, cloro, nalclear e sulfato de alumínio, a auditora – em obediência à solicitação de diligência – promoveu de forma acertada a dedução parcial, proporcionalmente à integração destes aos produtos finais comercializados (39% e 40%, respectivamente, em 2008 e 2009).

Na diligência efetuada neste processo, verificou-se que no que diz respeito aos itens ÁCIDO SULFURICO, SULFATO DE ALUMÍNIO, CLORO, NALCLEAR, CARBONATO DE SÓDIO, o Recorrente foi intimado e comprovou efetivamente a comercialização destes produtos, água clarificada, desmineralizada e potável, e acosta notas fiscais de venda a diversas empresas às fls. 2.275/342.

Entretanto alegou que estas operações foram registradas no exercício de 2005 e devido ao grande número de operações, enfrentou dificuldades para no sistema de escrituração, totalizar o tipo de água as vendas do período e quantificar o percentual solicitado; requereu que fossem utilizados os mesmos percentuais no índice apurado para os exercícios de 2008 e 2009 nos termos do Parecer ASTEC 0071/2012, conforme fls. 2.344, considerados pela diligência no exercício de 2008, quando foi comercializado 39% da água produzida.

À fl. 2.408, esta Câmara mediante consenso de todos os julgadores, e também da d. Representante da PGE, ponderaram que embora a aplicação deste índice de um exercício diferente não ateste a verdade material *in concreto*, apura-se a verdade material “possível”, uma vez que é

incontroverso que houve saídas tributadas de parte da produção da água e converteu mais uma vez o processo em diligência para que os autuantes aplicassem aos itens 10 e 11 o critério da proporcionalidade dos exercícios de 2008.

À fl. 2.413, os próprios autuantes efetuaram a diligência e acatando o critério proposto, reduziram as infrações 10 e 11 para respectivamente R\$15.678.333,50 e R\$408.352,21, conforme demonstrativos de débito às fls. 2.415/16. Intimado a se manifestar, o Recorrente apresentou manifestação às fls. 2.421/29 e repete os argumentos já aduzidos no processo pedindo pela improcedência total das infrações 10 e 11.

A diligência da ASTEC, no que diz respeito ao GLP, admite que sem este produto não se gera energia e vapor para manutenção do processo produtivo e assim, fez a exclusão do GLP dos demonstrativos. Também foram excluídos o trácero e corante, conforme determinado pelo pedido de diligência. Quanto aos sacos plásticos, o recorrente não comprova que tais produtos teriam finalidade de acondicionar mercadorias tributáveis, mas que são utilizados em descarte de resíduos resultantes de manutenção.

Quanto às Notas Fiscais nºs 1.097 e 32.543 a recorrente provou ter direito aos créditos, pois a primeira refere-se à aquisição de nafta e a segunda refere-se à operação de devolução do álcool metanol cuja saída se deu devidamente tributada conforme documentos fls. 2.351 e 2.381/388, e assim este item foi ajustado com a exclusão das notas fiscais. Quanto às embalagens, evidentemente, se estas não acompanham os produtos para entrega ao cliente, não podem fazer jus ao crédito, visto ser elemento de descarte junto a resíduos, que não tem qualquer valor tributário.

Contudo, o processo foi instruído, e pautado para julgamento, porém na sessão do dia 14 de fevereiro do ano corrente, estabeleceu-se em mesa, a dúvida para o entendimento que a fiscal diligente deu ao GLP, por considerá-lo imprescindível à produção e que comungava com o PARECER DITRI Nº 7072/2015, que em resposta a uma consulta entendeu ser o gás natural utilizado para geração de vapor e calor indispensáveis para o processo produtivo e que se caracteriza como insumo, gerando direito ao crédito.

A polêmica acerca do entendimento da DITRI e da própria diligente da ASTEC se deu por conta da aplicação por ambos, do critério de essencialidade, posto que tal requisito segundo corrente majoritária da jurisprudência administrativa deste Conselho, não é fator suficiente para que se caracterizasse a condição de insumo da produção, e assim, o processo foi encaminhado à PGE, para que se pronunciasse a respeito.

Conforme exposto ao final do Relatório, o Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, em sentido contrário à DITRI e ao parecer da ASTEC entendeu não se caracterizar o GLP na situação descrita, a essencialidade não é a pedra de toque para utilização do crédito fiscal, porquanto não utilizado em contato direto com o produto final, estando em linha marginal do processo fabril, e comparou com o exemplo dos produtos de limpeza.

Em posicionamento contrário, o parecer da Procuradora Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, entendeu que a pedra de toque para utilização do crédito consiste no emprego direto e necessário no processo produtivo, não se exigindo contato físico nem consumo integral num ciclo de produção, mas com a ressalva de que não se confunde emprego direto no processo produtivo com emprego na área de produção, tal como ocorre com as peças de reposição de máquinas, e se alinha ao parecer da DITRI nº 7072-2015, concluindo que o GLP não se subsume ao conceito de material de uso e consumo do estabelecimento.

Assim posto, comungo em parte com o parecer do Dr. José Augusto Martins Junior, quando não acata o critério da essencialidade adotado pela GECOT/DITRI e também pela fiscal diligente, pois tal critério é por demais amplo para se admitir como suficiente à caracterização de insumo, visto que há uma vasta quantidade de produtos utilizados em um processo produtivo que se caracterizam como essenciais, mas que seguramente não se encontram em condições de assegurar que sejam insumos, como é o caso citado de itens utilizados na manutenção de

máquinas do parque fabril.

Alguém poderia duvidar do caráter essencial da substituição de peças como essencial à produção, já que sem a devida manutenção, as máquinas quebram e, por conseguinte para também a produção? Alguém há de duvidar que certos itens de manutenção como juntas e anéis de vedação, que servem exatamente para evitar vazamentos de produtos fluidos ou gasosos em processos de fabricação, ou ainda ferramentas quando em ação no trabalho de manutenção, estão em muitos processos fabris em contato direto com o produto fabricado, mas nem por isso se enquadram como insumos?

Neste caso, entendo que não só a essencialidade, nem tampouco o contato direto são fatores que isoladamente possam configurar itens de aquisição em processos fabris como insumos. Há de se analisar de forma sistêmica os fatores que levam a tal conclusão.

Além da essencialidade, os produtos intermediários devem ser também produtos específicos ao produto fabricado, ou seja, possuir relação de dependência entre o produto considerado e o produto final a ser fabricado, e que, além disso, sejam também empregados no processo de fabricação de determinado produto, mas não na condição de partes e peças de máquinas e equipamentos, pois o largo entendimento jurisprudencial é o de que neste caso, não se dá o consumo no processo de fabricação, mas apenas o desgaste próprio da atividade fabril.

No caso exposto, o GLP é inserido numa câmara de combustão de uma caldeira, em que a partir de uma fagulha ocorre a produção de chamas de altas temperaturas, ou seja, o GLP é transformado em energia térmica que servirá para aquecer a água para transformá-la em vapor superaquecido cuja utilização atua em linha direta na produção de PVC.

Assim, com a devida vênia, discordo do parecer do Dr. José Augusto Martins Junior, que por não estar em contato direto, atua em linha marginal, comparando com produtos de limpeza, e por isso não faz jus ao conceito de insumo. No caso em apreço, o vapor produzido acompanha de forma conjugada e indissociável o processo produtivo, estando não em linha marginal, mas na linha principal da produção, sendo o GLP a fonte da energia térmica que produz o valor da linha de produção.

Etimologicamente ENERGIA é um termo de origem grega que significa TRABALHO. Assim, energia em seu conceito na física, está associado à capacidade de qualquer substância produzir trabalho, ação ou movimento, e de acordo com as leis da física, energia não é criada, mas apenas transformada.

Assim ocorre com a energia solar que ao agir sobre os materiais sólidos, líquidos ou gases, transforma-se em energia térmica que resulta em aquecimento destes materiais, ou da energia eólica, que decorre da ação do vento sobre cataventos para produzir energia elétrica, ou a própria energia elétrica que se transforma em calor para aquecimento de água, sendo que no caso em lide, a utilização do GLP em vez da energia elétrica para aquecimento da água da caldeira, ocorre por conta do seu baixo custo comparativo.

Estudando-se a jurisprudência deste Conselho é possível traçar uma linha evolutiva, a partir do conceito utilizado no Regulamento do IPI, inicialmente extraído do parecer normativo nº 1/81, e que até em tempos recentes, foi aplicado neste Conselho. Este parecer considerava produto intermediário, o material que integrasse o produto final, ou fosse consumido direta e imediatamente no processo produtivo, exigindo a sua renovação ao fim de cada ciclo da operação.

Quando afirmo que tal parecer encontra-se definitivamente superado, não o digo por mera convicção lógica ou dogmática, mas porque o Parecer 01/81 baseou-se no antigo Regulamento do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI, aprovado pelo Decreto nº 70.162/72 que, quanto à utilização do crédito fiscal, estabelecia a seguinte condição:

Art. 32 - Os estabelecimentos industriais e os que lhes são equiparados poderão creditar-se do imposto;

I - Relativo a matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, importados ou de

fabricação acional, recebidos para emprego na industrialização de produtos tributados, por estabelecimento industrial ou pelo estabelecimento a que se refere o inciso III do § 1º do artigo 3º, compreendidos, entre as matérias-primas e produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando no novo produto, forem consumidos, imediata e integralmente, no processo de industrialização;

Percebendo a limitação imposta pelas razões já aduzidas anteriormente, que levava a discriminação de contribuintes com idêntico processo produtivo, o legislador retirou este pré-requisito no Regulamento do IPI de 2002, aprovado pelo Decreto nº 4.544, de 26/12/2002 e por fim, o atual Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 7.212, de 15/06/2010, também repete os termos do Regulamento anterior.

Art. 226. Os estabelecimentos industriais e os que lhes são equiparados poderão creditar-se:

I - do imposto relativo a matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluindo-se, entre as matérias-primas e os produtos intermediários, aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente; (grifo nosso)

Por outro lado, a Lei complementar 87/96, e a Lei 7.014/96, nem no RICMS/97 vigente à época dos fatos em lide, está regulamentada no § 1º do art. 93, do citado RICMS/BA 97, conforme transcrição abaixo, *in verbis*:

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

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

a) estejam vinculados à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação;

b) sejam consumidos nos processos mencionados na alínea anterior; ou

c) integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, produção, geração, extração ou prestação, conforme o caso;

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

A alínea “a” estabelece uma premissa (estar vinculado à comercialização, industrialização, etc.) seguida de duas condicionantes – alínea “b” (consumidos no processo) ou alínea “c” (integrar o produto final) não havendo que se exigir a dupla condição de estar o produto inserido nas duas condicionantes, ou seja, ser consumido e integrar o produto final.

Os produtos intermediários estão alocados no entendimento das alíneas “a” e “b”, sem que a lei faça qualquer restrição quanto ao necessário consumo imediato, ou que o produto seja exija que sejam totalmente consumidos ao fim de cada ciclo operacional.

A este respeito, vejamos o que diz as recentes decisões no âmbito do STJ:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 142263 MG 2012/0021774-3 (STJ) Data de publicação: 26/02/2013

Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. CREDITAMENTO. PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS UTILIZADOS NO PROCESSO PRODUTIVO. POSSIBILIDADE. ART. 20, § 1º, DA LC 87/96. I. 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, DJ02/03/2007.2. 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 que 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. Recurso especial provido. (grifo nosso)

Fica evidenciado que o entendimento, no que diz respeito ao ICMS, quanto ao consumo imediato e também a necessidade de incorporação ao produto final, era decorrente da legislação anterior à Lei Complementar 87/96. Assim posto, deve o julgador, em cada lide, averiguar se o produto cujo crédito foi utilizado pelo contribuinte foi consumido no processo produtivo, devendo-se diferenciar daqueles itens que claramente se apresentam como peças de reposição ou manutenção das máquinas utilizadas no processo, não se restringindo ao consumo imediato ou em único ciclo ou necessariamente que se integre ao produto final.

Em síntese, o GLP tem característica de essencialidade, ou seja, é condição *sine qua non* para a produção industrial, não faz parte do ativo da empresa, não se constitui numa mera peça de reposição em virtude do desgaste dos equipamentos envolvidos na produção, e embora não entre em contato direto com a matéria prima, é fonte de energia que por transformação, gera o calor que produz vapor utilizado nas linhas principais da produção e não em linha acessória ou marginal, como é o caso do GLP utilizado para queima do *flagre*, ou movimentar os equipamentos de transporte interno de matérias primas ou produtos já fabricados, como temos visto em muitos outros julgamentos neste Conselho de Fazenda.

Conforme exposto ao final do Relatório, os autuantes efetuaram a diligência, acatando o critério proposto quanto à proporcionalidade dos produtos aplicados na água clarificada, desmineralizada e potável, e reduziram as infrações 10 e 11, visto que esta última decorre da infração anterior, para respectivamente R\$15.678.333,51 e R\$408.352,23, conforme demonstrativos de débito às fls. 2.415/16.

Quanto aos itens mantidos integralmente, como SPECTRUS, FLOGARD, HIPOCLORIDO e demais inibidores de corrosão utilizados para tratar a água de resfriamento, são itens utilizados marginalmente à linha de produção, sem qualquer contato com o produto final, e sua finalidade é preservar a vida útil dos equipamentos, não havendo participação no processo que justifique enquadramento como produtos intermediários. O mesmo ocorre com os DISPERSANTES e TRASAR 73202, utilizados nos sistemas de resfriamento para combater depósitos de sais e microorganismos. O monoetilenoglicol é fluido selante de bombas que também possui características de segurança de linhas de produção, havendo participação igualmente marginal no processo.

Por fim, resta à questão do NITROGÊNIO, utilizado como fluido de selagem e evitar a entrada de oxigênio de forma a evitar atmosfera explosiva, tem função de segurança. O fato alegado inclusive na sessão de julgamento pelo Representante Legal, de que os autuantes em procedimentos mais recentes estariam a fazer o lançamento de apenas 2% por considerarem que 98 por cento estariam com direito ao crédito por terem aplicação em limpeza e purga, é certo que este Conselho jamais produziu jurisprudência autorizando o crédito de nitrogênio na limpeza e purga do sistema, vez que igualmente é considerada atuação em linha secundária da produção.

O procedimento, no meu entender equivocado, de autuantes que por conta própria modificaram a glosa do crédito de NITROGÊNIO em fiscalizações posteriores, não conta com o aval deste Conselho, que não está em hipótese alguma vinculado ao entendimento dos autuantes.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício assim como PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, já que as infrações 10 e 11 inicialmente foram lançadas com os valores respectivos de R\$20.041.023,13 e R\$1.930.989,57 e após julgamento de primeira instância remanesciam ainda os valores respectivos de R\$16.960.236,88 e R\$1.711.930,10.

Contudo, após diligência desta Câmara direcionada à ASTEC, passou para R\$15.342.510,34 e R\$391.989,90, conforme demonstrativos fls. 2.355/80, onde foi retirado o GLP, tracerco e corante, mas sem alterar o quantitativo relativo às águas industrializadas, por não poder fazer a proporcionalidade nas saídas de sulfato de alumínio, cloro líquido, nalclear, etc, e também a exclusão das Notas Fiscais nº 107 e 32543, objeto do Recurso Voluntário.

Após diligência às fls. 2.413/416 efetuada pelos autuante, foi aplicado o critério da proporcionalidade dos produtos acima citados, com base no exercício de 2009, pela falta de dados

para os exercícios fiscalizados, alterando a infração 10 para o valor de R\$15.678.333,51 e a infração 11 para R\$408.352,23.

Cabe observar que a majoração dos valores das infrações 10 e 11 na diligência aos autuantes, em comparação com a diligência da ASTEC, se deu por conta de que as Infrações 10 e 11 estavam com as águas submetidas a processos industriais totalmente desoneradas pelo julgamento de primeira instância e a ASTEC não alterou os cálculos quanto ao pedido de proporcionalidade, por falta de dados estatísticos no exercício, e os autuantes ao corrigirem estes itens com base nos dados de 2009, acabou por elevar o valor exigido por conta de que uma parte do lançamento relativo às águas industrializadas voltou a integrar o auto, mas é certo que em relação ao julgamento de piso, houve redução conforme tabela comparativa abaixo:

ITENS	VALOR ORIGINAL	VLR JULG. 1ª INSTÂNCIA	VLR JULG. 2ª INSTÂNCIA
INFRAÇÃO 10	20.041.023,13	16.960.236,88	15.678.333,51
INFRAÇÃO 11	1.930.989,57	1.711.930,10	408.352,23

Diante do exposto, acolho a Improcedência das infrações 1 e 7, a Procedência Parcial das infrações 10 e 11 voto pelo PROVIMENTO PARCIAL dos Recurso de Ofício e Voluntário. Assim, o montante do débito do Auto de Infração fica o seguinte:

INF.	VLR. LANÇADO	VLR. JULG.-JJF	VLR. JULG.-CJF	MULTA	RESULTADO
01	26.541.443,16	0,00	0,00	60%	N.PROVIDO/IMPROCEDENTE
02	6.342,75	6.342,75	6.342,75	60%	RECONHECIDA/PROCEDENTE
03	1.822,08	1.822,08	1.822,08	60%	RECONHECIDA/PROCEDENTE
04	13.138,56	13.138,56	13.138,56	60%	RECONHECIDA/PROCEDENTE
05	3.646,40	3.646,40	3.646,40	60%	RECONHECIDA/PROCEDENTE
06	436,90	436,90	436,90	60%	RECONHECIDA/PROCEDENTE
07	769.950,32	0,00	0,00	60%	N.PROVIDO/IMPROCEDENTE
08	6.182.984,82	1.374.704,55	1.374.704,55	-----	N.PROVIDO/PROC. EM PARTE
09	909.533,95	860.796,42	860.796,42	-----	N.PROVIDO/PROC. EM PARTE
10	20.041.023,13	16.960.236,88	15.678.333,51	60%	P.PROVIDO/PROC. EM PARTE
11	1.930.989,57	1.711.930,10	408.352,23	60%	P.PROVIDO/PROC. EM PARTE
12	58.628,28	58.628,28	58.628,28	60%	RECONHECIDA/PROCEDENTE
13	62.965,55	62.965,55	62.965,55	70%	RECONHECIDA/PROCEDENTE
Total	56.522.905,47	21.054.648,47	18.469.167,23		

VOTO DIVERGENTE

Em que pese o bem fundamentado voto do i. Relator, divirjo parcialmente do posicionamento adotado, pelas razões que passo a expor:

Em relação à prejudicial de mérito da decadência, o Relator entendeu que as infrações 8, 9, 10 e 11 não seriam atingidas pela decadência, uma vez que elas se reportam ao exercício de 2004, anteriores a 12/06/2008, data em que foi editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF, a qual reconheceu a aplicação da regra do art. 150, §4º do CTN, quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente.

Ocorre que, diferentemente do defendido pelo Relator, entendo que a Súmula só veio confirmar o que o CTN já dizia, e não criar tal entendimento. O art. 150, §4º do CTN, o qual diz que:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ora, por ser o ICMS um imposto por homologação, incontestemente ser ele abarcado pela norma do art. 150. E, como a Lei nº 87/96, competente para tratar de decadência, não estipula o prazo para tal homologação, a situação é direcionada para o §4º do art. 150 do CTN, o qual, conforme disposto acima, estipula o prazo de 05 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Essa determinação existe desde 1966, sendo então confirmada pela Súmula Vinculante 08, a qual **reconheceu** que somente Lei Complementar poderia tratar de prescrição e decadência, motivo pelo qual a regra do art. 107-B, §5º do COTEB foi revogada. Esse posicionamento da SV 08 não foi uma novidade no nosso ordenamento jurídico, mas sim uma confirmação daquilo que já existia.

Saliento que a Súmula entendeu como sendo inconstitucionais as determinações de outra lei que não a Lei Complementar sobre prescrição e decadência, motivo pelo qual não existe considerar no campo jurídico a aplicação dos dispositivos que antes tratavam de tais institutos.

Vale dizer, é como se estas determinações anteriores, reconhecidamente inconstitucionais, nunca tivessem existido no mundo jurídico.

Deste modo, sendo que a ciência do contribuinte se deu em 11/12/2009, estão decaídos todos os períodos anteriores a 11/12/2004 do Auto de Infração.

Vencida na prejudicial de mérito, adentro as questões meritórias.

Acompanho o Relator em relação às infrações 1, 7, 8, 9. O valor remanescente das infrações 8 e 9 foram pagas pelo Contribuinte, deixando de ser matéria controversa.

Quanto às infrações 10 e 11, informo que a discussão dessas infrações repercute também no Recurso Voluntário, sendo objeto tanto do Recurso de Ofício quanto do Recurso Voluntário.

Tais infrações dizem respeito a crédito indevido e diferença de alíquotas em relação a produtos considerados pelo Fisco como sendo de uso e consumo.

Assim, de antemão, entendo que as reduções efetuadas em sede de primeira instância estão corretas, uma vez que restou comprovado pelo Sujeito Passivo que os produtos faziam parte do processo produtivo da empresa que, além de essenciais, atuavam diretamente no processo produtivo.

Deixam de ser matéria controversa os produtos: ÁCIDO SULFURICO, SULFATO DE ALUMINIO, CLORO, NALCLEAR, CARBONATO DE SÓDIO.

Deste modo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Em relação ao Recurso Voluntário, são objeto de discussão os produtos: Nitrogênio, SPECTRUS, FLOGARD, HIPOCLORIDO e demais inibidores de corrosão utilizados para tratar a água de resfriamento; gás GLP.

Ora, incontestemente tratar-se de materiais indispensáveis para a atividade fim que a recorrente desempenha, já que são vinculados ao processo produtivo, sendo indiscutível serem produtos intermediários, essenciais para o processo produtivo da empresa, logo, insumos.

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 ultrapassada.

Ademais, o Parecer da DITRI em relação ao produto Gás GLP, o qual adota o posicionamento de que o GLP utilizado na geração de vapor para a produção, considerando a sua essencialidade, bem como a concessão do crédito demonstra um avanço no entendimento da questão, que vem sendo amplamente discutida neste Conselho de Fiscalização.

Outrossim, a PGE/PROFIS, num amadurecimento de posicionamento, em Parecer exarado pela i. Procuradora Dra. Rosana Maciel Passos, referendado pelo Procurador Chefe Dr. Nilton Almeida Filho, afirma que: “... além das matérias primas, também geram direito a crédito aqueles outros que estejam vinculados ao processo industrial ou nele se consumam e que a pedra de toque para utilização do crédito fiscal consiste em que o material tenha emprego efetivo, direto e necessário ao processo produtivo, não se exigindo contato físico com o produto final, nem o consumo integral, num ciclo de produção.”.

Deste modo, aproveito o ensejo para reproduzir também 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 pela 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 da recorrente.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1090156/SC, Rel. Ministra ELLIANA 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 insito 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 da Recorrente e, portanto, devem ser reconhecidas como insumos.”

Deste modo, por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, sendo Improcedentes as infrações 10 e 11. Reitero, mais uma vez, que os valores remanescentes das infrações 8 e 9 foram reconhecidos e pagas pelo Recorrente no curso do processo, deixando de ser objeto de análise.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269139.0001/09-3, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.233.666,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.170.700,71 e 70% sobre R\$62.965,55, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “b” e “f” e VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$2.235.500,97**, previstas nos incisos IX e XI, da Lei e artigo citados, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados o valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Ildemar José Landin, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Valnei Sousa Freire e Edvaldo Almeida dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA – VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. PGE/PROFIS