

PROCESSO - A. I. Nº 269132.0005/14-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASKEM S/A.
RECORRIDOS - BRASKEM S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0185-03/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/11/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0376-12/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO NA EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Os cálculos foram refeitos pelo autuante, para excluir as notas fiscais comprovadas pelo autuado o registro na EFD e cujas mercadorias não ingressaram no estabelecimento. Reduzida a multa sobre as mercadorias tributáveis, de 10% para 1%, com fundamento na alteração promovida pela Lei 13.461/2015, aplicando-se a retroatividade benigna nos termos da alínea “c” do art. 106 do CTN. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. O ar de serviço é utilizado para transporte do polímero da área de produção até o armazenamento, onde será ensacado. Seu uso ocorre, portanto, durante o processo de produção e entra diretamente em contato com o produto acabado. As fitas impressoras compõem a embalagem, dando, igualmente, o direito ao crédito. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS PARA MATERIAIS DE CONSUMO. Acolhida a alegação recursal relativa às fitas impressoras. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 3ª JFJ, respectivamente em razão do Acórdão 3ª JFJ Nº 0185-03/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 269132.0005/14-6, lavrado em 24/09/2014, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$1.282.991,83, relativos a cinco infrações distintas, descritas a seguir somente naquilo que se constitui objeto dos presentes recursos.

Infração 01 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. Sugerida a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não registradas, totalizando o valor de R\$1.165.528,18. Demonstrativo às fls. 07 a 18. Consta como complemento que “O contribuinte deixou de escriturar em sua EFD notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas a tributação.”;

Infração 02 - 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição e material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$32.341,31, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 19 a 21. Consta com complemento: “Das aquisições de nitrogênio, a empresa utiliza 10% na limpeza de equipamentos, valendo-se da propriedade do nitrogênio de ser inerte, evitando-se o risco de uma combustão indesejada. Assim sendo, o percentual de nitrogênio acima descrito (10%) enquadra-se como material de uso/consumo, não dando direito a crédito, conforme legislação vigente.”;

Infração 03 - 01.02.02. Utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a aquisição e material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$77.087,40, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 19 a 21. Consta com complemento: “Trata-se de aquisições de material de uso e consumo pela empresa, tratadas como se insumo fossem.”;

Infração 04 - 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março e junho a agosto e dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$6.454,83, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 26 a 29. Consta como complemento: “Trata-se de aquisições de material de uso e consumo pela empresa tratadas como se insumo fossem.”;

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 13/09/2016 (fls. 1.206 a 1.223) e decidiu pela procedência em parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

De plano, depois de compulsar as peças que integram os autos, verifico que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos em sua constituição inicial e no decurso do processo, cujas intervenções foram todas dadas ciência ao autuado. Nestes termos, afigura-se o presente processo revestido das formalidades legais, e não se encontram presentes os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade o lançamento.

Fica também indeferido o pedido para realização de diligência pelo sujeito passivo com fulcro no art. 147, incisos I e II, e alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF-BA/99, indefiro, portanto, o pedido de diligência solicitado, por entender desnecessária em vista das provas produzidas e anexadas aos autos.

No mérito, a acusação fiscal materializa a exigência crédito tributário em decorrência do cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS, conforme enquadramento legal e tipificação das multas correspondentes e o relato circunstanciado enunciados no preâmbulo do relatório.

Em relação ao item 05 da autuação consigno que o impugnante reconheceu o cometimento e efetuou o recolhimento da exigência conforme se verifica no extrato do SIGAT acostado às fls. 801 e 802. Logo, em relação a esse item, ante a inexistência de lide, mantenho a autuação.

A infração 01 trata da entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro e dezembro de 2012, para qual foi sugerida a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não registradas, consoante demonstrativo acostado às fls. 07 a 18.

O defendente alegou que o demonstrativo fiscal que lastreia a peça acusatória em tela abarca notas fiscais regularmente escrituradas e notas fiscais cujas operações não chegaram a se concretizar por terem sido canceladas, antes do efetivo ingresso das mercadorias em seu estabelecimento.

Para comprovar o quanto alegado, apresentou planilha identificando as notas fiscais escrituradas, fl. 56, e destacando que ainda não concluiu seus trabalhos de busca. Exemplificou, fl. 57, também através da Nota Fiscal nº 96963, anulada pelo próprio emitente com a emissão da Nota Fiscal nº 98750, ambas constantes do levantamento fiscal, sem corresponderem a uma efetiva entrada de mercadorias em seu estabelecimento. Registrou que esse procedimento foi adotado por outros fornecedores totalizando cerca de 84 NF-e.

O impugnante revelou seu entendimento de que a multa relativa às demais notas fiscais objeto da autuação pode - e deve - ser cancelada, a teor do quanto disposto nos arts. 42, §7º da Lei nº 7.014/96 e 158 do Dec. nº 7.629/99, que permitem o afastamento de penalidades cominadas em razão do descumprimento de obrigações acessórias, nas situações em que tais infrações tenham sido cometidas sem dolo, fraude ou simulação, e que não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Afirmou que ocorreu simplesmente o não cumprimento de uma obrigação acessória atinente ao ICMS, por uma questão meramente operacional, e que, se cometeu alguma infração, esta não foi praticada com dolo, fraude ou simulação.

Ao prestar informação fiscal, os autuantes observaram que excluíram do demonstrativo de débito as Notas Fiscais apontadas pelo defendente às fls. 56 e 57. Pugnaram para que o demonstrativo de débito desta infração fosse reduzido de R\$1.165.528,18, para R\$1.128.764,62.

Na manifestação apresentada o defendente alegou que apesar de ter indicado apenas algumas notas fiscais a título de exemplo, os autuantes se limitaram a excluir da autuação a que fora citada na impugnação, a título ilustrativo.

Em diligências solicitadas por esta 3ª JJF aos autuantes para análise e revisão do levantamento fiscal com base nas notas fiscais apresentadas pelo autuado não se logrou êxito, uma vez que os autuantes entenderam que a

manifestação do impugnante ao apresentar as demais notas fiscais desconsideradas pelo autuante fora realizada extemporaneamente.

Em busca da verdade material foram convertidos os autos em nova diligência à INFAZ de Origem, para que Auditor Fiscal Estranho ao Feito designado examinasse as comprovações apresentadas pelo defendente e, caso necessário promovesse as exclusões e ajustes cabíveis.

Depois de diversas intervenções, tanto dos Auditores designados, como do defendente, resultou acostados aos autos novo demonstrativo de débito, fls. 1160 a 1171, contemplando todas as comprovações apresentadas pelo impugnante, cujo resultado foi acatado pelo autuado, fl. 1178, e redundou na redução da base de cálculo, originalmente lançada de R\$11.655.281,76, fl. 18, para R\$10.063.463,40, fl. 1171.

O defendente informou que em relação às demais notas fiscais ainda não deu por concluído seus trabalhos de busca, de modo que continuará empenhando incansáveis esforços para verificar os motivos pelos quais a Fiscalização não identificou a escrituração destes documentos fiscais nos livros fiscais próprios. Observo que o contribuinte tem direito de, a qualquer tempo no curso do processo administrativo fiscal, apresentar documentos que são analisados, em homenagem aos princípios da verdade material e do informalismo previstos o art. 2º do RPAF- BA/99. Entretanto, não é plausível que o órgão julgador fique aguardando por tempo indeterminado que o contribuinte comprove o que alegou, inclusive, porque se deve cumprir os prazos processuais.

O autuado requereu o cancelamento da multa como forma de realizar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, citando o §7º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, afirmando que não houve falta de pagamento de tributo.

A pretensão defensiva não deve prosperar, haja vista que a falta de escrituração ou lançamento de notas fiscais de forma incompleta em livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. É indubitoso que a falta de escrituração de notas fiscais impede a fiscalização desenvolver plenamente os procedimentos de auditoria fiscal. Não é por outro motivo que deve ser aplicada a multa conforme estatuído no art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96, haja vista ser imperioso para a administração fiscal manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas. Ademais, a multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

O defendente afirmou que na remota hipótese de esta JF entender que não é o caso de cancelamento da multa aplicada em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impõe-se, no mínimo, a redução da multa aplicada de 10% para 1%, haja vista a alteração legislativa superveniente do inc. IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, prescrevendo penalidade pecuniária menos gravosa para a infração que teria sido cometida, aplicável na hipótese vertente em observância ao citado art. 106, II, alínea 'c' do CTN.

Efetivamente, quanto à falta de escrituração de notas fiscais correspondentes a mercadorias sujeitas a tributação, a partir da alteração do inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96, através da Lei 13.461, de 10/12/2015, publicada no DOE de 11/12/2015, o percentual de 10% da multa anteriormente estabelecido foi reduzido para 1%.

Neste caso, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória, e com base na alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN, entendo que deve ser utilizado o percentual da multa 1%, aplicando-se a retroatividade benigna prevista no mencionado dispositivo legal.

Convém ressaltar, que na falta de escrituração das notas fiscais, mesmo que tenha sido efetuado o recolhimento do imposto, ainda assim, é devida a multa pelo descumprimento da obrigação acessória. Eis que, o descumprimento da obrigação principal não é consequência direta do descumprimento da obrigação acessória. Ademais, no que diz respeito à falta de recolhimento do imposto, a não escrituração de notas fiscais não constitui circunstância agravante ou atenuante.

Nestes termos, acolho o novo demonstrativo elaborado pelos Auditores Fiscais Estranhos ao Feito designados, acostados às fls. 1160 a 1171.

Concluo pela subsistência parcial da exigência fiscal atinente à infração 01, conforme demonstrativo elaborado pelos diligentes designados, apensados às fls. 1160 a 1171, e com a aplicação da retroatividade benigna da redução do percentual da multa para 1%, resultando na diminuição do débito originariamente lançado para o valor de R\$100.634,36.

Quanto às infrações 02 e 03 cuidam da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição e material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, conforme demonstrativos acostados às fls. 19 a 12 e 26 a 29

O item 02, trata de glosa de crédito relativo a 10% das aquisições de Nitrogênio (gasoso e líquido), que, segundo a descrição efetuada pelo próprio autuado, em sua planta fabril este produto tem as seguintes aplicações: i) expurgar os hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos sistemas para quaisquer operações de manutenção de equipamentos, conforme se verifica às fls. 108 e 109 do Parecer Técnico que

anexada - doc. 10; ii) promover a limpeza química do processo, extraindo os resíduos de solventes e gases presentes nos equipamentos e máquinas que compõem o seu parque fabril, propiciando, desta forma, uma atmosfera adequada para a realização das operações de manutenção; e iii) criar uma atmosfera adequada/propícia para a consecução do processo produtivo, pois, o nitrogênio “blinda” as paredes das máquinas e equipamentos do processo produtivo, evitando a contaminação deste por contato com a água e/ou com o ar.

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

Assim, nos termos acima expendidos, pode-se concluir que a utilização Nitrogênio no percentual indicado de 10% não integra o produto final como elemento indispensável ou necessário à sua industrialização, não se constituindo, desta maneira, em insumos industriais ou produto intermediário, tendo como características as funções de elemento de limpeza e de segurança.

Logo, se trata de caso típico de material para consumo próprio pelo estabelecimento.

Concluo pela subsistência do item 02 da autuação.

Quanto ao item 03 que versa, especificamente sobre a utilização indevida de créditos fiscais em decorrência das aquisições das seguintes mercadorias: Hipoclorito de Sódio, Inibidores de Corrosão Trasar 3DT, Biocida não Oxidante, Ar de Serviço, Água Potável, Freon e Fita Impressora(material de embalagem).

Alegou o impugnante que no exercício das suas atividades, adquire tais produtos, todos consumidos no processo produtivo desenvolvido em seu estabelecimento, os quais se afiguram indispensáveis à consecução deste, razão pela qual se apropria dos créditos fiscais correspondentes, tal como autorizado pela legislação em vigor.

Sustentou que os materiais 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. Informou que os insumos glosados pela fiscalização são utilizados na Etapa de Controle da Qualidade dos Flúidos de Transferência de Energia,

Informou que utiliza, dentre outros insumos, inibidores de corrosão e biocidas, tais como Inibidores de Corrosão (Trasar 3 DT,) e Hipoclorito de Sódio, os quais são integralmente absorvidos pela água em que aplicados, sem os quais as torres de resfriamento perdem a sua função.

Disse que o Ar de Serviço também é empregado no envase do PVC em pó em embalagens específicas para o fornecimento. Que o referido produto não só entra em contato direto com o produto em fabricação, na medida em que é empregado no transporte do polímero na forma de pó para a etapa de acondicionamento em embalagens especiais, como exerce óbvia ação direta sobre o produto em fabricação nesse agir.

Sobre a Água Potável informou que é também usada na área industrial nos lava-olhos e chuveiros de emergência utilizados em caso de contaminação com produtos químicos. Diz que se trata de item essencial à segurança dos técnicos envolvidos nos processos fabris, sendo utilizada por força de norma de segurança.

Quanto ao gás Freon 22 Compressor 50/56 kg, o impugnante, informou que é um fluido refrigerante que viabiliza a condensação do monômero cloreto de vinila (MVC), na etapa de Craqueamento do EDC e Purificação do MVC, num trocador de calor, antes que este sofra uma mistura no vaso de lavagem de soda caustica com o objetivo de eliminar resíduos de HCl. Portanto, se trata de fluido de refrigeração utilizado em equipamento como trocador de calor ou em torre de refrigeração, que em contra-corrente com outros produtos sem nenhum contato direto, nem fazendo parte do produto final. Assim resta evidenciada a sua utilização como material de uso consumo não entrando em contato direto com o produto e nem a ele se integrando.

Fita Impressora - em que pese a alegação do autuado de que se trata de material de embalagem ao atribuir as mesmas características da Caixa de papelão ou com o Big Bag utilizados no acondicionamento do produto acabado, não restou comprovado nos autos de forma inequívoca de que a fita impressora se aplica especificamente nas embalagens. A simples impressão de material não necessariamente se constitui de material de embalagem.

Os materiais de consumo são empregados pelo estabelecimento fora do processo produtivo. É o caso dos materiais de limpeza e gastos gerais do escritório. Consideram-se também de uso ou consumo aqueles materiais que, embora empregados ou consumidos no setor de produção, não têm vinculação direta com o produto em elaboração, não integram o produto final, como é o caso de peças de reposição e manutenção, fardamento de operários, botas, luvas, capacetes, máscaras, etc. Neste caso, embora esses bens sejam utilizados no ambiente fabril não integram o produto final, sendo considerados materiais e uso ou consumo.

A legislação de regência releva a importância da caracterização do que sejam “insumos” ou o que sejam “produtos intermediários”, preferiu especificar o que e em que casos há direito ao crédito. Dessa forma, entende-se que insumos devem integrar o produto final na condição de elemento indispensável ou necessário, conforme o caso, e dão direito ao crédito fiscal, Deve ser observado que, embora a distinção entre insumos e materiais de consumo tenha sido voltada para a questão do crédito fiscal, o mesmo raciocínio aplica-se na

definição do que deva ou não sujeitar-se ao pagamento da diferença de alíquotas.

Em suma, pelo que consta nos autos, foi apurado que os materiais objeto da exigência contida na infração 03 se referem a bens que, embora possam estar vinculados ao processo produtivo do autuado, com base na informação prestada pelo Contribuinte e levantamento fiscal, não podem ser considerados insumos, por isso, é subsistente o imposto lançado neste item do presente Auto de Infração, sendo correta a glosa dos créditos fiscais.

Fica mantida a infração 03.

A infração 04 trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março e junho de 2011, conforme demonstrativo às fls. 26 a 29.

Por se tratar das mesmas mercadorias arroladas na infração 03, o item 04 da autuação, como consequência direta e unívoca e com fundamento nos mesmos argumentos, afigura-se também procedente a infração 04.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a redução da multa de 10% para 1%, indicada na infração 01."

A 3ª JF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 1.233 a 1.255, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Quanto à Infração 1, após fazer um retrospecto dos incidentes processuais ocorridos, entende que não há como prosperar a decisão de piso, tendo em vista que deixou de promover o cancelamento das multas aplicadas pela fiscalização, o que se impõe em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Argumenta que o fisco não pode impor a sanção cominada à Recorrente, sem levar em consideração as circunstâncias que permeiam a conduta infratora, sob pena de descaracterizar o propósito universal da multa, pois tal instituto deve guardar um vínculo com o objetivo de sua imposição, posicionando-se de forma proporcional entre o seu *quantum* e o valor do tributo, bem como atendendo o grau de culpabilidade do agente. Transcreve a doutrina de Helenilson Cunha Pontes em apoio ao seu ponto de vista.

Reproduz o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 para apoiar o ponto de vista de que o cancelamento da multa está condicionado ao atendimento de três requisitos: i) a penalidade deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória; ii) a conduta não pode ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação; e iii) a infração não pode ter implicado na falta de recolhimento de imposto. Explica que, no caso sob exame, o que ocorreu foi simplesmente o descumprimento de uma obrigação acessória por um erro operacional.

Garante, contudo, que tal equívoco não prejudicou, em nada, a arrecadação estadual, acarretando, ao contrário, prejuízos à própria Autuada, que não se creditou do imposto destacado nos documentos fiscais sem registro. Conclui, assim, que a situação fática se amolda perfeitamente aos requisitos autorizados do cancelamento da multa. Transcreve jurisprudência deste Consef para defender a idéia do cancelamento ou, em último caso, na redução da multa aplicada.

Quanto à Infração 2, observa que a fiscalização exige débitos de ICMS, em decorrência da falta de estorno dos créditos fiscais relacionados a 10% do Nitrogênio adquirido, no período compreendido entre os meses de janeiro e dezembro de 2011.

Afirma que os fundamentos legais que lhe asseguram o direito à utilização dos créditos fiscais sobre as aquisições do produto cujos créditos foram glosados é a consonância com o princípio da não-cumulatividade, insculpido no art. 155, §2º, da CF/88 e com a legislação estadual de regência da matéria. Assegura que as frações de Nitrogênio são efetivos insumos do seu processo produtivo

Afirma que, em sede de impugnação restou demonstrada a afetação do percentual de 10% do nitrogênio na consecução do seu objeto social, conforme informações contidas no Parecer

Técnico 20.677-301, elaborado pelo IPT.

Sustenta que parte do Nitrogênio (gasoso e líquido) adquirido, correspondente ao percentual de 10% do total utilizado na sua planta fabril, tem por escopo expurgar os hidrocarbonetos dos sistemas, antes da abertura dos sistemas para quaisquer operações de manutenção de equipamentos, conforme se verifica às fls. 108 e 109 do Parecer Técnico.

Informa que utiliza a fração de 10% do total do Nitrogênio gasoso adquirido - objeto de autuação - com o fim específico de promover a limpeza química do processo, extraindo os resíduos de solventes e gases presentes nos equipamentos e máquinas que compõem o seu parque fabril, propiciando, desta forma, uma atmosfera adequada para a realização das operações de manutenção.

Explica que a “limpeza” do processo conduz à extração dos resíduos dos solventes e gases presentes nos equipamentos e máquinas que compõem o seu parque fabril, propiciando uma atmosfera adequada para a realização das operações de manutenção, ou seja, para a consecução do processo produtivo, pois, o nitrogênio “blinda” as paredes das máquinas e equipamentos do processo produtivo, evitando a contaminação deste por contato com a água e/ou com o ar.

Ressalta que a limpeza realizada a partir do uso do Nitrogênio gasoso se afigura essencial ao desenvolvimento da sua atividade industrial, pois, sem a execução desta, todo o processo produtivo restaria inviabilizado, já que os resíduos existentes em seu maquinário não apenas os comprometeriam como também contaminariam os produtos em fabricação, interferindo nas suas especificações técnicas e na sua qualidade.

Conclui, assim, que a parcela de 10% do Nitrogênio (gasoso e líquido), cujos créditos foram glosados pela fiscalização, foi empregada, de forma imprescindível, no processo produtivo da Impugnante, possuindo, portanto, a condição de produto intermediário. Por isso, assevera não há que se negar o direito ao creditamento do imposto incidente sobre a aquisição da mencionada fração do Nitrogênio.

No que diz respeito aos itens 3 e 4, explica que simultaneamente defende seu direito ao crédito fiscal relativo aos materiais supostamente adquiridos para seu uso e consumo, direito este que, uma vez reconhecido, implica imediato afastamento da exigência do diferencial de alíquotas correspondente.

Critica a decisão de piso, ao argumento de que os produtos intermediários jamais poderiam integrar o produto final, o que se aplica, apenas, às matérias-primas. Nesse sentido, transcreve trechos do Acórdão nº 0210-01/15, relatado pelo Julgador José Bezerra Lima Irmão. Explica que a palavra “consumida” não significa “incorporada”, mas se refere ao fato de que as qualidades imanescentes àquele produto foram gastas no processo industrial.

Informa que, no exercício das suas atividades, adquire diversos produtos, tais como o Hipoclorito de Sódio, Inibidor de Corrosão Trasar 3DT, Biocida não oxidante, Ar de Serviço, Água Potável, Freon, Fita impressora (material de embalagem), dentre muitos outros, todos consumidos no processo produtivo desenvolvido em seu estabelecimento, os quais se afiguram indispensáveis à consecução deste; razão pela qual se apropria dos créditos fiscais correspondentes, tal como autorizado pela legislação em vigor.

Descreve a função desempenhada por cada um deles no seu processo produtivo, a par do já mencionado Parecer Técnico 20.677-301, na forma que segue.

INSUMOS UTILIZADOS NO SISTEMA DE ÁGUA DE RESFRIAMENTO - Afirma que alguns dos insumos glosados pela fiscalização são utilizados na Etapa de Controle da Qualidade dos Fluídos de Transferência de Energia, conforme descrito nas fls. 93 a 95 do mencionado Parecer Técnico do IPT.

Observa que durante o processo fabril, para que a obtenção do produto final se concretize, é necessário que haja o controle da temperatura através da transferência ou remoção de energia das correntes envolvidas na produção. Frisa que, caso não se atinja um estado energético em nível

adequado, a reação não ocorre ou ocorre de maneira lenta, inviabilizando a produção e/ou ocasionando a obtenção de produtos fora das especificações desejadas. Continua, mencionando que o fluído, em geral, empregado para transferência de energia é a água, que pode se apresentar tanto no estado líquido (água de resfriamento) quanto no estado gasoso (vapor).

Ressalta que a água de resfriamento ou vapor tem a função de resfriar correntes intermediárias de processo, de forma a deixá-las em condições de serem processadas até a sua transformação em produto final. Diz que o processo consiste, pois, na transferência de calor de um fluido mais quente (corrente de processo) para outro mais frio (água de resfriamento) através de ação exercida em equipamentos denominados trocadores de calor.

Afirma que a água utilizada no sistema de resfriamento é a chamada água clarificada e a sua aplicação revela-se essencial, posto que a água que resfria as correntes do processo produtivo torna-se aquecida, podendo alcançar altas temperaturas e, nessa condição, os sais presentes na água comum tornar-se-iam insolúveis, depositando-se nas paredes dos tubos dos trocadores de calor. Esclarece que estes depósitos, com o tempo, provocariam a corrosão do metal dos tubos, podendo ocasionar o vazamento da água de resfriamento para a corrente de processo, contaminando-a e comprometendo todo o processo de produção, podendo levar à parada da planta.

Explica que, além disso, como essa água circula em todo o processo, os microorganismos nela presentes se multiplicam, vindo a obstruir os trocadores de calor com a deposição de limo bacteriano, reduzindo a eficiência de troca de calor, impedindo o fluxo de água e fazendo com que o sistema desarme em alta pressão, o que compromete sobremaneira todo o processo produtivo e pode provocar a parada da planta. Prossegue citando que, para evitar todo esse processo de corrosão e obstrução, devem ser adicionados à água de resfriamento produtos específicos para inibir a corrosão, para evitar a proliferação de microorganismos e evitar a incrustação de sais.

Acrescenta que também utiliza, dentre outros insumos, inibidores de corrosão e biocidas, tais como Inibidores de Corrosão Trasar 3 DT 185.61L, Hipoclorito de Sódio e Biocida Não Oxidante 7330NR.11L, os quais são integralmente absorvidos pela água em que aplicados, sem os quais as torres de resfriamento perdem a sua função.

Ressalta que, conforme descrito no Parecer Técnico, a Etapa de Controle da Qualidade dos Fluídos de Transferência de Energia é indispensável ao seu processo produtivo, já que as correntes intermediárias de processo não podem ser processadas se estiverem em altas temperaturas.

Afirma que os citados produtos, cujos créditos foram glosados pelos Autuantes, têm cada qual, função bastante específica em seu processo industrial, de modo que a falta de qualquer um deles certamente inviabilizaria a produção ou, no mínimo, geraria um produto completamente impréstável ao fim a que se destina. Diz ser evidente que os citados produtos se configuram em insumos, cujas aquisições são passíveis de gerar o creditamento do ICMS, não se justificando, portanto, o estorno de crédito efetuado pela autuação.

AR DE SERVIÇO - Revela que, conforme descrito no Parecer Técnico ora colacionado (doc. 10), o Ar de Serviço é empregado na Etapa de Peneiramento, Armazenagem e Embalagem do PVC obtido na etapa anterior do processo produtivo, notadamente no transporte deste, na forma de pó, para área de armazenamento, fls. 105 e 106 do parecer.

Por transporte pneumático, o pó é transportado para a área de armazenamento, onde um ciclone separa o polímero na corrente de ar, e o pó é então armazenado em silos de estocagem.

Ressalta que o transporte do polímero é realizado de forma controlada, em Ar de Serviço, com vistas a garantir a sua qualidade e possibilidade de utilização como matéria-prima de terceira geração por indústrias alimentícias, farmacêuticas ou hospitalares.

Lembra que o Ar de Serviço também é empregado no envase do PVC em pó em embalagens específicas para o fornecimento. Observa que o referido produto não só entra em contato direto com o produto em fabricação, na medida em que é empregado no transporte do polímero na

forma de pó para a etapa de acondicionamento em embalagens especiais, como exerce óbvia ação direta sobre o produto em fabricação nesse agir. Arremata assinalando que, nesse não há quaisquer dúvidas de que o direito ao crédito fiscal correspondente às aquisições do produto em voga é devido.

ÁGUA POTÁVEL - Diz que a Água Potável é também usada na área industrial nos lava-olhos e chuveiros de emergência utilizados em caso de contaminação com produtos químicos. Sustenta tratar-se de item essencial à segurança dos técnicos envolvidos nos processos fabris, sendo utilizada por força de norma de segurança.

Revela que a água potável é utilizada ainda nos laboratórios para limpeza dos equipamentos empregados nas análises físico-químicas empreendidas sobre as correntes do processo e sobre os produtos finais. Pondera que sem tal limpeza, não seria possível realizar as análises laboratoriais essenciais aos testes de qualidade realizados ao longo do ciclo de produção, necessários à verificação do atendimento dos insumos e produtos finais às normas técnicas.

Assevera que deve ser reconhecido o direito a crédito sobre a Água Potável adquirida, já que esta é imprescindível à segurança, bem como à qualidade dos produtos finais.

FREON - Diz ser um fluido refrigerante que viabiliza a condensação do monômero cloreto de vinila (MVC), na etapa de Craqueamento do EDC e Purificação do MVC, conforme minuciosamente descrito nas páginas 98 a 100 do multicitado parecer. Menciona que na etapa de craqueamento, o dicloroetano (EDC) é convertido em cloreto de vinila (MVC), através de reação que envolve a retirada de uma molécula de HCl da molécula de dicloroetano, resultando em uma molécula de cloreto de vinila. Cita que nessa etapa, o fluido refrigerante Freon é utilizado nos sistemas de expansão, mas especificamente no vaso denominado *flash*, com o objetivo de condensar o MVC, pág. 98 do parecer.

Continua, frisando que após a etapa de craqueamento, o monômero cloreto de vinila passa por etapas de purificação em três torres de destilação, na primeira delas, ocorre a separação do HCl dos demais componentes. Registra que nessa fase do processo produtivo, a corrente de topo constituída de HCl e pequena quantidade de acetileno e MVC é parcialmente condensada através da circulação de fluido refrigerante gás Freon, pág. 99. Informa que a segunda torre de destilação tem por função separar o MVC dos demais componentes e, novamente nessa etapa, o Freon é utilizado para resfriar o MVC num trocador de calor, antes que este sofra uma mistura no vaso de lavagem de soda cáustica com o objetivo de eliminar resíduos de HCl. Relata que, após a lavagem cáustica, o MVC passa por torres com recheios de soda cáustica em escama, para eliminação de toda a água; em seguida, passa por coalescedores para eliminar quaisquer resíduos de soda cáustica, sendo depois enviado para estocagem em esferas na área de tancagem.

Arremata sustentando que a condensação do monômero cloreto de vinila (MVC) realizada pelo gás Freon é indispensável ao seu processo produtivo; de modo que é inequívoco o direito ao crédito fiscal respectivo.

MATERIAIS DE EMBALAGEM - Revela que o Autuante também reputou como indevido o creditamento relativo a Fita Impressora, o que lhe causou estranheza, uma vez que se trata de material de embalagem indispensável à consecução de seu objeto social.

Diz que segue à risca a legislação de regência da matéria, se apropria dos créditos fiscais decorrentes da aquisição dos referidos materiais de embalagem, não havendo que se falar em utilização indevida de crédito fiscal, conforme faz crer a fiscalização. Afirma que no exercício das suas atividades, necessita adquirir materiais de embalagem utilizados no ensacamento dos seus produtos finais, os quais se apresentam na forma de pó e pellets, de forma que se torna inviável o seu armazenamento e subsequente venda sem que estes sejam propriamente acondicionados. Relata que utiliza de *big bag*, saco de papel e sacos de polietileno, que se trata de sacos que acondicionam maior ou menor quantidade de produtos finais, a depender de sua efetiva capacidade para embalar tais produtos. Destaca que, em certos casos, o produto embalado em sacos encontra-se na forma de pó, de modo que, para proteção do conteúdo dos sacos, os

paletes devem ser cobertos com um capuz ou capa de plástico, ou lonas e é passado um filme de polietileno em volta.

Explica que tais embalagens mantêm a integridade dos produtos finais durante seu armazenamento e transporte até a clientela, evitando ainda a sua contaminação por umidade, matérias orgânicas, resíduos e detritos, etc.

Diz que, especificamente em relação aos materiais utilizados na identificação final do produto, é indiscutível sua importância e imprescindibilidade no processo produtivo, haja vista que tais produtos permitem a correta identificação e individualização do produto final, a exemplo da Fita Impressora e fitas adesivas afixadas nas embalagens, os marcadores utilizados para esse fim, sem os quais não seria possível a satisfatória distribuição aos clientes.

Sustenta que a aquisição das embalagens aqui apontadas gera direito ao crédito pretendido, já que constituem, evidentemente, dispêndios essenciais à existência, continuidade e manutenção da qualidade de seu processo produtivo.

Assevera que os produtos cujos créditos foram glosados não se enquadram como material de uso e consumo, mas se trata, na verdade, de autênticos produtos intermediários que são empregados em seu processo produtivo, não há que se falar na exigência de estorno dos créditos decorrentes da aquisição de tais produtos, devendo, portanto, ser julgada improcedente a infração 03.

Afirma que o item 04 do Auto de Infração exige o pagamento do diferencial de alíquotas referente às aquisições interestaduais de alguns dos produtos supostamente utilizados para consumo de seu estabelecimento.

Destaca que em relação à falta de recolhimento da complementação de alíquota, verifica-se que tal item é uma consequência direta e imediata da questão discutida no item 03 precedente, ou seja, do direito à compensação dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição dos produtos intermediários reputados equivocadamente pela fiscalização como bens de uso e consumo, conforme já demonstrado.

Explica que, como a fiscalização nega o direito ao crédito do ICMS incidente sobre tais produtos, por considerá-los materiais de uso e consumo, necessariamente, teria que exigir o complemento da alíquota no que tange às aquisições interestaduais.

Assevera que os produtos em referência, listados no Auto de Infração como materiais de uso e consumo, não foram destinados ao consumo do estabelecimento autuado, mas sim, foram empregados de forma imprescindível em seu processo produtivo, devendo ser classificados como produtos intermediários.

Diz restar evidenciado o direito ao aproveitamento do crédito decorrente da aquisição dos produtos em pauta, indispensáveis ao processo produtivo, a exigência do diferencial de alíquota perde o sentido e, conseqüentemente, pelas mesmas razões, a infração 04 também deve ser julgada improcedente.

Pugna pela realização de diligência fiscal, nos termos dos art. 123, §3º e 145 do RPAF-BA/99, com o que será enfim confirmada a improcedência dos itens 03 e 04 do Auto de Infração.

Conclui requerendo a improcedência parcial do Auto de Infração.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 3ª JF (Acórdão Nº 0185-03/16) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$1.282.991,83 para o montante de R\$218.098,01, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado está relacionada

à decretação de procedência parcial da infração 1, sendo este o objeto do presente recurso.

A infração citada descreve a conduta do sujeito passivo como “*Entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, ...*”. Em sua impugnação, o sujeito passivo se opõe ao lançamento, alegando que parte das notas fiscais foram regularmente escrituradas no seu Livro Registro de Entradas. Alega, também, que outra parte dos documentos fiscais objetos do lançamento se refere a operações que foram canceladas. Como prova de suas alegações, identifica os documentos citados, acostando cópias dos DANFES respectivos.

Em sua informação fiscal, os autuantes acolheram parcialmente as razões defensivas, tendo excluído apenas dois documentos fiscais e refeito o demonstrativo de débito. Cientificado do teor da informação fiscal, o contribuinte volta a se insurgir, alegando que os autuantes excluíram apenas as duas notas fiscais, citadas como exemplo, deixando, contudo, de excluir os demais documentos cujas cópias anexou.

Em nova informação fiscal, os autuantes mantiveram o demonstrativo de débito refeito, pugnando pela decretação da intempestividade da apresentação de novos documentos, defendendo que não seja conhecida a nova manifestação empresarial.

Instados, em nova diligência, a se manifestarem acerca da nova documentação acostada pelo sujeito passivo, os autuantes reiteraram os termos de sua última informação fiscal.

Em nova diligência, a 3ª JJF pediu que, auditor estranho ao feito, intime a empresa autuada para que apresente todas as provas que dão sustentação às suas alegações.

Em cumprimento à diligência, os fiscais diligentes refizeram o demonstrativo de débito (folhas 1125/1136) com base na documentação entregue pelo sujeito passivo, às folhas 858 a 1121.

Cientificado do teor da nova diligência, o sujeito passivo volta a se insurgir, alegando erro no demonstrativo elaborado pelos diligentes. Aponta que os fiscais diligentes incorreram em erro ao partir do demonstrativo de débito original, sem se atentarem para o fato de que os autuantes já haviam procedido algumas exclusões, quando de sua primeira informação fiscal.

Em nova diligência, os auditores designados acolheram as alegações defensivas e refizeram o demonstrativo de débito (vide folhas 1160/1171), contemplando, agora sim, as exclusões anteriormente perpetradas pelos autuantes.

Em sua Decisão, a JJF acolheu o novo demonstrativo de débito elaborado pela diligência. Reduziu, além disso, o valor da multa aplicada (de 10%) para o percentual de 1%, com base na alteração promovida pela Lei nº 13.461/15, aplicada retroativamente, com base no permissivo previsto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Assim, julgou parcialmente procedente o lançamento.

Quanto à questão de direito, agiu corretamente a JJF, ao aplicar retroativamente a multa de 1%, pois se aplica a lei tributária retroativamente quando comine penalidade menos severa, conforme art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, abaixo reproduzido.

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

*...
II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

*...
c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”*

Quanto às demais exclusões, trata-se de questão de provas, pois a decisão de piso baseou-se no exame documental realizado pelos auditores diligentes, que comprovou o cancelamento das notas fiscais não registradas. Penso, portanto, que não poderia ser outra a decisão recorrida, devendo ser mantida neste ponto.

Assim, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, observo que o sujeito passivo ataca a decisão de piso naquilo que

se refere às Infrações 1, 2, 3 e 4, sendo este o objeto do recurso.

Quanto à Infração 1, após as exclusões promovidas pela decisão recorrida, a irresignação recursal limitou-se à multa, tendo pleiteado o seu cancelamento ou, ao menos, a sua redução.

Não vejo, contudo, como acolher a alegação recursal, pois a Infração 1 resultou de condutas reiteradas ocorridas ao longo de todo o exercício de 2012 (conforme folhas 07/18), o que é revelador de que o sujeito passivo não se portou com o zelo recomendável na escrituração dos documentos fiscais objeto de suas aquisições.

É importante frisar que a infração em comento se encontra devidamente caracterizada, pois o dolo não é essencial ao seu núcleo, mas elemento circunstancial, conforme dispõe o art. 136 do CTN, abaixo reproduzido.

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

Por isso, a prova da ausência de dolo, fraude ou simulação é ato processual que se impõe como condição para a dispensa o mesmo o abrandamento da multa imposta. Como se trata de operações sujeitas a tributação, e não havendo elementos no processo que possam nos convencer de que a prática omissiva autuada tivesse sido desprovida de dolo, aspecto que não foi sequer debatido, não vejo como acolher a alegação recursal.

Assim, entendo que não merece reparo a Decisão recorrida nesse ponto.

Quanto à Infração 2, a conduta autuada foi descrita como *“Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, ...”*. A autuação teve por objeto, nesse item, o percentual de 10% do nitrogênio, utilizado na limpeza de equipamentos. O sujeito passivo se insurgiu em relação ao lançamento, tendo alegado que as frações de nitrogênio são insumos do seu processo produtivo, possuindo a função de produto intermediário.

Examinando o Laudo do IPT, acostado pelo sujeito passivo às folhas 376/418 do processo, é possível notar que a utilização do nitrogênio foi assim descrita, à folha 412.

“Quando da abertura dos sistemas para quaisquer operações de manutenção (grifo acrescido), faz-se necessária a purga destes equipamentos com nitrogênio gasoso, para expulsar todo o resíduo de solventes e gases, propiciando uma atmosfera adequada para a realização desses procedimentos. Ainda, o nitrogênio gasoso é utilizado diretamente para a realização de testes de pressão para avaliação da integridade e atendimento à legislação de vasos de pressão, além de condicionamento e purga dos equipamentos após a manutenção (grifo acrescido), já que para operar não podem ter contaminação com água ou oxigênio.”

A descrição feita pelo órgão técnico é reveladora de que o uso do nitrogênio para purga dos equipamentos não tem relação direta com o processo produtivo da empresa autuada, pois tal consumo acontece quando da manutenção dos equipamentos, momento em que há interrupção do processo produtivo, conforme se lê acima, nos trechos em destaques. Ora, se a purga dos equipamentos é um procedimento que acontece no exato momento em que a produção está parada (para manutenção), não é possível falar-se em “integração ao processo produtivo”, ou mesmo em “consumo vinculado ao processo”, conforme exige o art. 93, inciso I, alínea “b”, c/c o § 1º do art. 93 do RICMS/97, vigente à época, conforme abaixo.

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

...
b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;

...

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

I - as mercadorias adquiridas e os serviços tomados:

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

De fato, a apropriação dos créditos não tem outra finalidade senão evitar a cumulação do imposto que incidiria sobre o produto fabricado, na etapa subsequente. Se não ocorre fabricação de produto e, por consequência, saída subsequente, não há motivos para que se admita o creditamento do ICMS incidente no nitrogênio consumido durante a manutenção, na purga de equipamentos industriais.

Esse é o entendimento que vem sendo consagrado por esta 2ª CJF, que assim se manifestou em trecho do Acórdão CJF Nº 0134-12/17, relatado pelo Conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo, reproduzido abaixo.

“... o contribuinte não tem direito ao crédito fiscal de ICMS relativo às aplicações do nitrogênio para realização de testes de pressão, nas operações de regeneração dos materiais absorventes, como também para purga dos equipamentos quando da manutenção, por se caracterizar como material de uso e consumo.”

Os acórdãos 0353-12/14 e 0203-12/14, da lavra dessa mesma corte, apontaram nesse mesmo sentido.

A 1ª CJF também tem se manifestado nessa mesma direção, conforme Acórdãos nºs 0091-11/14, 0351-11/13, 0355-11/13 e 0173-11/13.

Assim, entendo que a Infração 2 se encontra caracterizada, não merecendo reparo a Decisão recorrida.

Quanto às infrações 3 e 4, ambas decorrem de um mesmo fato, qual seja, aquisição interna e interestadual de materiais de uso ou consumo. A Infração 3 exige o crédito indevido, enquanto que a Infração 4 exige o diferencial de alíquotas vinculado a essas mesmas operações. O sujeito passivo tratou-as de forma global, o que demanda uma decisão igualmente de forma englobada. É o que passo a fazer.

O exame do demonstrativo de débito relativo às infrações 3 e 4, às folhas 26/29, revela que a autuação teve por objeto as aquisições de “hipoclorito de sódio”, “inibidor de corrosão trasar 3DT”, “biocida não oxidante”, “ar de serviço”, “água potável”, “gás freon” e “fita impressora”. O sujeito passivo opõe-se ao lançamento, alegando que se trata de produtos intermediários, consumidos direta e imediatamente no seu processo produtivo.

Quanto às mercadorias descritas como “hipoclorito de sódio”, “inibidor de corrosão trasar 3DT” e “biocida não oxidante”, o laudo do IPT aponta que são utilizadas no sistema de resfriamento das correntes de água advindas das torres de refrigeração, conforme folha 413, onde consta o seguinte.

*“Para o controle da água clarificada usada no resfriamento das correntes do processo e manutenção das condições necessárias para seu uso – evitando que esta seja contaminada com incrustações causadas por microorganismos, depósitos decorrentes da corrosão provocada nos equipamentos (grifo acrescido), o que implica em notória perda energética, perda de eficiência do processo produtivo, e até mesmo a parada da planta fabril – são utilizados os seguintes produtos: ... **BIOCIDA NÃO OXIDANTE 7330NR 11R, INIBIDOR CORR TRASAR 3DT 185.61L, ... e HIPOCLORITO DE SÓDIO 10-16%.**”*

Como se pode ver, a partir da leitura de trecho do laudo reproduzido acima, tais mercadorias não têm qualquer contato com o processo produtivo da Recorrente, pois são aplicadas na água utilizada nas torres de resfriamento, com a finalidade, única e exclusivamente, de proteger os equipamentos da corrosão causada pelos microorganismos lá presentes. Não integram, portanto, o processo, nem são consumidos diretamente pelo contato, que sequer existe, já que a sua finalidade é outra, qual seja, elevar a vida útil dos equipamentos utilizados na torre de refrigeração.

Ora, não sendo possível falar-se em “integração ao processo produtivo”, ou mesmo em

“consumo diretamente vinculado ao processo”, conforme exige o art. 93, inciso I, alínea “b”, c/c o § 1º do art. 93 do RICMS/97, é forçoso reconhecer que tais itens devem ser classificados como de uso/consumo, não propiciando o direito ao crédito.

Esse é o entendimento predominante no âmbito do Consef, conforme se pode constatar pela leitura de trecho da ementa do Acórdão CJF Nº 0355-11/13, da 1ª CJF, conforme abaixo.

“EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Diligência fiscal comprova que os materiais objeto da autuação são utilizados na proteção de ativos (inibidor de corrosão, bactericidas, anti-incrustadores, sequestrantes de ferro, inertização, fluídos, cimento) que não entram em contato com o produto final ou de uso ou consumo do estabelecimento (solventes utilizados para limpeza de dutos e tanques, disjuntores elétricos, acetileno, gás freon para ar condicionado), bem como de bens ferramentais (manômetros), além de desemulsificantes, que apesar de entrar em contato direto com o petróleo (separa água do óleo) em seguida é retirado da água no tratamento para reaproveitamento, sendo vedada a utilização de crédito fiscal. Infração mantida (grifos acrescidos)_...”

A 2ª CJF tem entendimento nessa mesma linha, conforme trecho de ementa do Acórdão CJF Nº 0297-12/17

“EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Embora o impugnante tenha feito longa explanação acerca da distinção entre matéria prima, produtos intermediários e de consumo, este Conselho tem uma posição nitidamente firmada em farta jurisprudência quanto à utilização de materiais como biocidas e dispersantes, que evitam a proliferação de bactérias, inibidores de corrosão, que tem função de prolongar a vida útil dos equipamentos, e não fazendo parte efetiva da produção, não podem ser acatados como matérias primas ou sequer como produtos intermediários (grifo acrescido). ...”

Assim, não acolho as alegações recursais relativas às aquisições de “hipoclorito de sódio”, “inibidor de corrosão trasar 3DT” e “biocida não oxidante”, mantendo o lançamento neste ponto.

Quanto à mercadoria “ar de serviço”, o laudo do IPT descreve a sua utilização, à folha 409, da forma seguinte.

“Por transporte pneumático, isto é, por corrente de ar comprimido, o pó é transportado para a área de armazenamento. Um ciclone separa o polímero na corrente de ar, e o pó é então armazenado em silos de estocagem.

O transporte deve ser efetuado de forma controlada, em ar filtrado (ar de serviço), para garantia da qualidade e possibilidade de emprego como matéria-prima na terceira geração, por indústrias alimentícias, farmacêuticas ou hospitalares.

...

Na área de ensacamento os produtos na forma de pó são embalados em sacos de papel ou contêineres flexíveis (também denominados contentores flexíveis ou big bags). O envase é realizado por equipamentos que operam com ar de serviço. Os sacos de 25 kg, confeccionados em papel tipo ‘kraft’, possuem suas bocas costuradas após o envase, ...”

Como se lê acima, o ar de serviço é utilizado para transporte do polímero da área de produção até o armazenamento, onde será ensacado. Seu uso ocorre, portanto, durante o processo de produção e entra diretamente em contato com o produto acabado. É forçoso reconhecer, consequentemente, que assiste razão ao sujeito passivo, devendo lhe ser atribuído o direito ao crédito.

Assim, acolho as alegações recursais no que se refere ao “ar de serviço”, a cuja aquisição deve ser atribuído o direito ao crédito. Reformo a decisão de piso neste ponto, para excluir, do demonstrativo de débito, os valores relativos ao “ar de serviço”.

Quanto à “água potável”, o descritivo do processo produtivo feito pelo laudo do IPT não faz referência a tal item. A peça recursal descreve a sua utilização no processo, à folha 1251, da forma seguinte.

“A água potável é também usada na área industrial nos lava-olhos e chuveiros de emergência utilizados em caso de contaminação com produtos químicos.

Trata-se de item essencial à segurança dos técnicos envolvidos nos processos fabris, sendo utilizada por força de norma de segurança (grifo acrescido).

É utilizada ainda nos laboratórios para limpeza dos equipamentos empregados nas análises físico-químicas

empreendidas sobre as correntes do processo e sobre os produtos finais.

Sem tal limpeza, não seria possível realizar as análises laboratoriais essenciais aos testes de qualidade realizados ao longo do ciclo de produção, necessários à verificação do atendimento dos insumos e produtos finais às normas técnicas.”

Como se lê acima, a essencialidade da “água potável” não tem qualquer relação com o processo produtivo, com o qual não possui relação ou vinculação direta. Sua função é a segurança dos trabalhadores e, ainda assim, seu uso se limita a situações anômalas, de contaminação pessoal por produtos químicos. Não há, portanto, qualquer razão para o creditamento, já que seu custo não se integra ao produto final.

Assim, não acolho as alegações recursais relativas às aquisições de “água potável”, mantendo o lançamento neste ponto.

Quanto ao “gás freon”, o laudo do IPT descreve a sua utilização, à folha 403, da forma a seguir.

“O monômero cloreto de vinila (MVC) passa por etapas de purificação em três torres de destilação.

A primeira torre separa o HCl dos demais componentes. A vaporização é feita pela injeção de vapor no refeedor. A corrente de topo constituída de HCl e pequena quantidade de acetileno e MVC é parcialmente condensada no condensador com circulação de fluido refrigerante gás freon, e o líquido é acumulado no vaso de refluxo. A corrente de fundo deste vaso é reciclada para a torre de HCl através de bombas. A parte não condensada flui pelo topo do vaso passando por um trocador de calor e em seguida alimentando o reator de oxicloração. O sistema de refrigeração de gás Freon opera para atender as condições operacionais da torre de HCl e é composto de um compressor acionado por uma turbina a vapor de 42 kg/cm².”

Como se vê, o gás freon não integra o produto final nem possui contato com o processo produtivo, já que se trata de um item que compõe o sistema de refrigeração, cujo desgaste tem relação estrita com o funcionamento desse equipamento, e não com o processo produtivo em si.

Não pode, portanto, propiciar direito ao crédito, conforme tem decidido a jurisprudência dessa casa, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0238-11/15, cujo voto vencedor, da lavra do Conselheiro Eduardo Ramos de Santana, pontuou o seguinte.

“Verifico que conforme descritivo da função dos produtos no processo produtivo (fls. 456/470) e fundamentação contida no voto proferido pela 2ª JJF, os produtos:

...

3. óleo lubrificante, fluidos refrigerantes/térmico, tais como gás freon (grifo acrescido) e dowthem, etc – são produtos utilizados na lubrificação/refrigeração de equipamentos.

Pelo exposto, conforme apreciado na Decisão ora recorrida, não se trata de aquisições de produtos intermediários que são “consumidos” pelo estabelecimento industrial exigindo renovação ao cabo de cada participação no processo produtivo e sim de materiais de uso ou consumo utilizados no tratamento de água de refrigeração com finalidade de proteção dos ativos; elementos filtrantes utilizados para remover impurezas que são descartados após ciclos de operações; peças de reposição de equipamentos e produtos utilizados na lubrificação (selagem) de equipamentos.”

Esse é o entendimento também da 2ª CJF, conforme Acórdão 0301-12/12, cujo voto vencedor, da lavra do Conselheiro Valtércio Serpa Júnior, pontuou o seguinte.

“Dessa forma, contrariamente ao alegado pela empresa recorrente, os produtos NITROGÊNIO GÁS, GÁS FREON SUVA R-134, GÁS FREON R-22, HIPOCLORITO DE SÓDIO, INIBIDOR DE CORROSÃO OPTISPERSE AP 4653 E INICIADOR INP -75-AL devem ser considerados como materiais de “uso e consumo”, e não como produtos intermediários. ...”

Assim, não acolho as alegações recursais relativas às aquisições de “gás freon”, mantendo o lançamento neste ponto.

Quanto às aquisições de “fita impressora”, o laudo do IPT não traz qualquer referência, pois as fitas não são utilizadas no processo produtivo, mas apenas na vedação dos sacos big bags de polietileno. A questão a ser resolvida é a seguinte: as fitas impressoras, utilizadas para identificação dos sacos, podem, ou não, ser tratadas como embalagens?

Penso que o direito ao creditamento está relacionado às embalagens se relaciona a todos os itens de custo que se agregam às mercadorias fabricadas, ainda que na fase de armazenamento. As

fitas impressoras se prestam a identificar os sacos de propileno, conforme destaca o Recorrente em sua peça recursal à folha 1253, em trecho abaixo reproduzido.

*“Especificamente em relação aos materiais utilizados na identificação final do produto, é indiscutível sua importância e imprescindibilidade no processo produtivo, haja vista que tais produtos permitem a correta identificação e individualização do produto final, a exemplo da **Fita Impressora** e fitas adesivas afixadas nas embalagens, os marcadores utilizados para esse fim, sem os quais não seria possível a satisfatória distribuição aos clientes.”*

Como se lê acima, a “fita impressora”, embora não seja insumo do processo produtivo, se incorpora à embalagem utilizada para acondicionar o produto acabado. É, assim, um gasto que se integra, portanto, ao produto final, justificando o creditamento do imposto.

Entendo, por conseguinte, que as aquisições de fitas impressoras devem ser tratadas como produto intermediário, propiciando, consequentemente, o direito ao crédito.

Assim, acolho as alegações recursais relativas às aquisições de “fita impressora”.

Embora a exclusão do “ar de serviço” não afete o valor exigido na Infração 4 (por se tratar de aquisições internas), o acolhimento das razões recursais relativamente às fitas **impressoras** repercute, todavia, no valor cobrado na infração seguinte (já que são adquiridas fora do Estado). Assim, reformo a Decisão recorrida apenas no que se refere às infrações 3 e 4, para excluir, do demonstrativo de débito, os valores relacionados ao crédito vinculado às aquisições das duas mercadorias citadas, por entender que possuem caráter de produto intermediário.

Dou provimento parcial ao Recurso Voluntário para reduzir os valores lançados, relativamente às infrações 3 e 4, em conformidade com os demonstrativos de débito abaixo.

INFRAÇÃO 3

MÊS	ICMS
jan/11	1.337,49
fev/11	1.354,83
mar/11	1.737,92
abr/11	625,40
mai/11	840,41
jun/11	2.614,01
jul/11	1.726,29
ago/11	2.164,47
set/11	2.098,14
out/11	509,80
nov/11	2.466,70
dez/11	4.236,25
TOTAL	21.711,71

INFRAÇÃO 4

MÊS	DIFAL
jan/11	0,00
fev/11	0,00
mar/11	1.335,00
abr/11	0,00
mai/11	0,00
jun/11	1.578,50
jul/11	68,25
ago/11	1.422,50
set/11	0,00
out/11	0,00
nov/11	0,00
dez/11	2.040,35
TOTAL	6.444,60

Ex-postis, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, ao tempo em que dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reformar a decisão recorrida, conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA	TOTAL
1	0,00	100.634,36	100.634,36
2	32.341,31	0,00	32.341,31
3	21.711,71	0,00	21.711,69
4	6.444,60	0,00	6.444,60
5	1.580,11	0,00	1.508,11
TOTAL	62.005,73	R\$ 100.634,36	162.640,08

VOTO EM SEPARADO

Com a devida vênia, passo a alinhar entendimento divergente do ora apresentado pelo nobre relator, em relação à infração 1, quanto à fundamentação para o não acolhimento do pedido de redução da multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96, com amparo na competência prevista no §7º do art. 42 do mesmo dispositivo legal, visto que acompanho a decisão para não conceder a redução, contudo divirjo quando o nobre Relator atribui “*poder vinculado*” (poder dever) ao julgador, caso atendidas as condições previstas na lei, para reduzir ou cancelar a prevista multa aplicada.

Como efeito, o § 7º do art. 42 da Lei nº 7014/96, regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA, confere ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem em falta de recolhimento do imposto.

Essa discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude, simulação ou falta de recolhimento do imposto, relativos à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não concedam redução ou o cancelamento da multa aplicada.

Nessa mesma linha, ajusta-se o Parecer da Procuradoria, constante do Acórdão da 2ª CJF Nº 0148-12/15, registrado no voto do Relator:

*“Por primeiro, como bem colocado pela n. Procuradora da PGE/PROFIS, a norma diz de uma faculdade, ou seja, diz que ‘...**poderão** ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF ...’ e no momento seguinte, diz das condicionantes do cancelamento ou redução, que implica na prova de as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”*

A diferença entre o ato vinculado e o ato discricionário está no grau de liberdade conferida ao administrador. No poder vinculado não há margem de liberdade, a lei estabelece a única solução diante de determinada situação de fato, o poder da Administração é vinculado porque a lei não deixa opções. No ato discricionário, o legislador oferece limites e critérios para que a Administração pratique determinado ato dentro de uma margem legal, segundo sua conveniência, oportunidade, justiça, equidade, informados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No presente caso, não há qualquer razoabilidade em atribuir “*poder vinculado*” (poder dever) ao julgador, uma vez atendidas as condições previstas na lei, para reduzir ou cancelar a prevista multa de 1% e, ao mesmo tempo, conceder o “*poder discricionário*” de dosar a mesma, sem qualquer limite, ou seja, podendo o julgador reduzir a multa de 1% para 0,99%.

A dicção do texto normativo, inserto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7014/96, determina que: “*As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto*”. Entender que onde foi dito “*poderão, no campo da discricionariedade*”, quer dizer “*deverão, de forma vinculada*”, pois se trata de um “*poder dever*”, é exigir do interprete, no presente caso, uma exegese que não se acomoda ao querer do legislador.

Ao examinarmos a finalidade, que constitui um dos elementos do ato administrativo contemplado pela discricionariedade, veremos que a presente norma objetiva tornar possível ao

Julgador administrativo, em razão dos elementos trazidos aos autos, adequar, atenuar ocasionais excessos punitivos, sem tornar atrativo o descumprimento da obrigação acessória ou mesmo reduzir a importância de determinada obrigação tendo em vista o interesse público quanto aos efeitos de seu descumprimento.

Para tanto, necessário se faz a análise pelo Julgador administrativo, não apenas dos previstos elementos que impedem o benefício, mas de todos os elementos envolvidos que lhe ofereceram parâmetros para determinar a conveniência, oportunidade, justiça e equidade, informados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse esteio legal, diante da impossibilidade de relacionar todas as circunstâncias envolvidas na margem de discricionariedade concedida ao Julgador administrativo, ora em exame, o legislador alberga, nessa margem legal, a possibilidade de não conceder redução ou cancelar a multa, ainda que atendidas as condições legalmente previstas para tal.

Com efeito, cabe observar a importância da inclusão dessa alternativa no caso da não entrega ao fisco, por um supermercado, dos arquivos magnéticos contendo grande parte de suas operações, retirando do fisco a possibilidade de apurar se foram ou não atendidas às condições para redução da multa. Diante da tese de que o ônus probante da existência dessas condições é do fisco e ante as dificuldades impostas pela não entrega dos arquivos, teríamos, então, o “*dever*”, ou seja, o “*poder vinculado*” de reduzir ou cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente da aludida infração.

O descumprimento de certas obrigações acessórias, a depender da atividade desenvolvida pelo sujeito passivo, implica em óbice ao fisco para identificar as condições previstas na lei relativas ao benefício da redução ou cancelamento da multa. Além do mais, o descumprimento de algumas obrigações acessórias pode, eventualmente, ser providenciado exatamente para impedir ou dificultar a fiscalização do devido cumprimento da obrigação principal, o que seria considerado dolo, normalmente só podendo ser demonstrado se o fisco dispusesse de informações que, em razão do descumprimento da obrigação acessória, foram omitidas.

No campo das informações econômico-fiscais ocorrem obrigações acessórias que, uma vez descumpridas, apesar de não resultar de má fé, dolo ou mesmo falta de recolhimento, podem reduzir drasticamente o repasse do ICMS para um determinado município, com graves consequências para seus municípios. Mesmo assim, para aqueles que sustentam o “*poder dever*”, quando atendidas às condições legais, estaria o Julgador obrigado a reduzir ou cancelar a multa, o que atingiria de forma vital o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, diante dos graves danos provocados àquela comunidade.

Assim, diante da impossibilidade de relacionar todas as situações, apontando a importância e gravidade das obrigações acessórias descumpridas, na medida, inclusive, em que dependeria do tipo de obrigação acessória descumprida associada à atividade desenvolvida pelo contribuinte, o legislador, dentre as opções que relaciona, não impõe ao Julgador o dever, ou seja, o “*poder vinculado*” para reduzir ou cancelar a multa, ainda que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem na falta de recolhimento do imposto.

É de compreensão direta que, ao reduzir ou cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória, não se está dispensando o contribuinte de cumprir tal obrigação nas demais ocorrências, contudo, pode-se identificar que, especialmente no cancelamento da multa ou na sua redução drástica, a dispensa da sanção tem o mesmo efeito prático da dispensa do cumprimento da obrigação acessória no restrito caso julgado, suprimindo, de certo modo, o efeito da punição que almeja desestimular a prática da infração pelo infrator. Tal dispensa da obrigação acessória, inclusive, é tratada de forma restritiva, no que tange a sua interpretação, pelo inciso III, art. 111 do CTN.

No caso presente, quanto ao pedido de cancelamento ou redução das multas, não vejo afastada a existência de dolo, tendo em vista as inúmeras e reiteradas infrações por documento fiscal não

registrado, ocorrida em todos os meses do exercício de 2012. Além do mais, o descumprimento da obrigação acessória de registrar os documentos fiscais, fragiliza o sistema de controle e acompanhamento da arrecadação previsto em um feixe de normas que contemplam tal obrigação acessória entre as mais importantes.

VOTO DIVERGENTE

Peço a devida vênia para discordar do i. Relator quanto ao seu posicionamento em relação às Infrações 2 e 3 (utilização indevida de crédito) e 4 (diferencial de alíquotas), em referências aos produtos: nitrogênio, “hipoclorito de sódio”, “inibidor de corrosão trasar 3DT”, “biocida não oxidante” e “gás freon”, por entender que os produtos listados em ambas as infrações referem-se na verdade à produtos intermediários e não material de uso ou consumo.

No entender do autuante, do i. Relator todos os produtos relacionados objetos dos presentes lançamentos tratam-se na verdade de produtos de uso e consumo do estabelecimento e, nesta condição, as respectivas aquisições não asseguram o direito ao crédito do imposto, bem como é devido o ICMS a título de Diferencial de Alíquotas quando adquiridas de outras Unidades da Federação.

O autuado, que desenvolve atividade produtos petroquímicos, dentre outros materiais, de forma minuciosa, descreveu a aplicação e a forma que cada um dos materiais relacionados nas infrações é utilizado na empresa, seja na produção, seja no beneficiamento dos produtos. E de acordo com esse detalhamento, não restam dúvidas que alguns produtos como, por exemplo, nitrogênio, “hipoclorito de sódio”, “inibidor de corrosão trasar 3DT”, “biocida não oxidante” e “gás freon”, se trata de aquisições de insumos, empregados ou consumidos na extração e no processo produtivo da empresa, representando dispêndios relacionados diretamente com sua atividade, integrando o custo das mercadorias produzidas.

Como se sabe, é direito do contribuinte à compensação do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado à entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, todavia, no que tange as mercadorias destinadas ao seu uso e consumo, o legislador entendeu por bem estipular um prazo a partir do qual o estabelecimento adquirente passaria a ter condição de apropriação do crédito sobre de tais produtos.

A previsão para essa compensação consta expressa nos artigos 20 da Lei Complementar nº 87/96 e 29 da Lei nº 7.014/96. Já quanto ao prazo de início, o mesmo está contido no Art. 33 da própria Lei Complementar nº 87/96.

Neste sentido, dispôs o artigo 93, inciso I e seu parágrafo 1º, do RICMS/BA, vigente à época da ocorrência de parte dos fatos geradores:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I – o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

(...)

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;

(...)

e) de mercadorias a serem empregadas diretamente na extração de substâncias minerais ou fósseis;

(...)

§ 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;

(grifo nosso)

Da análise dos dispositivos legais reproduzidos é possível inferir que o legislador estadual ao usar a conjunção alternativa “ou”, logo após a alínea “b” do inciso I do §1º, estabeleceu que para que haja direito ao crédito em relação às aquisições de mercadorias, de matérias primas, produtos intermediários e materiais de embalagem se faz necessário que uma das condições ali elencadas seja atendida, vale dizer: a mercadoria adquirida deve estar vinculada à industrialização; deve ser consumida no mencionado processo ou deve integrar o produto final na condição de elemento indispensável ou necessário.

Desta forma há de se concluir que a condição prevista na alínea “c” aplica-se, naturalmente, às matérias primas, enquanto as condições a que se referem às alíneas “a” e “b” destinam-se a abarcar os produtos intermediários, bem como as demais mercadorias que, embora não participem diretamente da extração ou industrialização, estejam a eles vinculados, ou seja, neles consumidos.

Ademais, conforme entendimento respaldado nas próprias decisões do STJ, como também no entendimento de que é um produto intermediário, outra não pode ser a conclusão senão a de que referidos produtos não se subsomem ao conceito de material de uso e consumo do estabelecimento previsto nas alíneas “b” e “e” do inciso V do artigo 93, do vigente RICMS/BA-97 e em assim sendo, entendo que deve ser garantido ao recorrente o direito ao crédito do ICMS destacado nos documentos de aquisição dos produtos listados, nitrogênio, “hipoclorito de sódio”, “inibidor de corrosão trasar 3DT”, “biocida não oxidante” e “gás freon”, (Infração 2 e 3), bem como dispensado a cobrança do DIFAL (Infração 4).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269132.0005/14-6**, lavrado contra **BRASKEM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.077,73**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100.634,36**, prevista no inciso IX, do citado artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Ângelo Mário de Araújo Pitombo e Maurício Souza Passos

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Paulo Sérgio Sena Dantas, José Carlos Barros Rodeiro e Leila Barreto Nogueira Vilas Boas

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – VOTO EM SEPARADO

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS